

**Essai sur l'indivision
qui suit la dissolution
de la
communauté de biens entre époux**

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 6 Juillet 1931, à 16 heures

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

PAR

Pierre BOUCHET

Lauréat de la Faculté de Droit



LYON

BOSC Frères, M. et L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

1931

Essai sur l'indivision qui suit la dissolution
de la communauté de biens entre époux

Essai sur l'indivision
qui suit la dissolution
de la
communauté de biens entre époux

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 6 Juillet 1931, à 16 heures

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

PAR

Pierre BOUCHET

Lauréat de la Faculté de Droit



LYON

BOSC Frères, M. et L. RIOU

IMPRIMEURS-ÉDITEURS

—
1931

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE - FACULTÉ DE DROIT

MM.

REBOUD, ✱, 🌿 I, doyen, professeur d'Economie politique,
membre correspondant de l'Institut.

CUCHE, ✱, 🌿 I, professeur de Droit criminel.

PORTE, O. ✱, 🌿 I, professeur d'Economie politique.

GUYOT, ✱, 🌿 I, professeur de Droit civil.

PÉPY, 🌿, 🌿 I, professeur de Droit administratif.

GRANDCLAUDE, 🌿 I, professeur d'Histoire du Droit.

CHEVALLIER, professeur de Droit international public.

MAZEAUD L., professeur de Droit commercial.

BESSON, agrégé, chargé de cours de Droit civil.

LEVET, agrégé, chargé de cours de Droit romain.

DAVID, agrégé en mission à Rome.

MARTY, chargé de cours de Droit civil.

DESBOIS, chargé de cours de Procédure civile.

FOURNIER, O. ✱, 🌿 I, membre de l'Institut, professeur hono-
raire à la Faculté de Droit de Paris, doyen honoraire.

GUÉTAT, ✱, 🌿 I, professeur honoraire.

GRENIER, 🌿, 🌿 A, secrétaire.

CHAVANIÉ, 🌿 I, secrétaire honoraire.

JURY DE LA THÈSE

Président : M. GUYOT, professeur

Suffragants : MM. L. MAZEAUD, professeur

BESSON, agrégé

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni im-
pro-
bation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions
doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MES GRANDS-PARENTS

A MON PÈRE, A MA MÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Essai sur l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux

Introduction

La transmission d'un patrimoine, qu'il s'agisse de l'universalité des biens du défunt ou d'une masse patrimoniale douée ou non de la personnalité juridique, ne peut, en fait, se réaliser instantanément. Il s'écoule toujours un certain délai entre la dévolution d'une succession à plusieurs héritiers et le moment où, par le partage, les biens du défunt sont répartis entre les successibles. Le patrimoine d'une société dissoute ne se confond pas immédiatement avec les biens personnels des associés, un certain laps de temps est nécessaire pour les opérations de liquidation, pendant lequel la société survit à sa dissolution. De même, la communauté de biens entre époux continue de former, du jour où elle se dissout, au cas d'acceptation de la femme ou de ses représentants, une masse patrimoniale, qui subsiste jusqu'au jour du partage. Pendant cet intervalle plus ou moins long, l'ensemble des éléments communs ne se fond pas dans le patrimoine personnel des époux ou de leurs héritiers, il subsiste à l'état d'indivision. Sur cet ensemble de biens, le droit de chaque intéressé ne peut immédiatement s'exercer, contraint de s'incliner devant les exigences d'une liquidation préalable à la répartition.

A s'en tenir aux dispositions de notre Code civil, relatives à la liquidation de la communauté (art. 1468-1473), il semble que la masse indivise des biens communs ne subsiste que pour les seuls besoins de la liquidation. Tout semble se passer comme si

cette liquidation accompagnait sans délai la dissolution. La vie courante traduit, en réalité, une situation différente et donne à l'indivision post-communautaire une plus large place. L'usage s'est répandu dans les familles françaises de maintenir l'indivision jusqu'à la majorité des enfants ou jusqu'au décès de l'auteur survivant. L'indivision qui suit la dissolution de la communauté apparaît non seulement comme une masse de biens destinée à être liquidée, elle offre les traits d'une véritable institution familiale. Il appartenait, dès lors, à la jurisprudence de suppléer au silence de la loi pour organiser un tel état de fait ; elle est, dans cette voie, parvenue à d'importants résultats, qu'il nous sera donné d'apprécier. Il est toutefois curieux de constater que les décisions judiciaires du siècle dernier n'ont pas toujours clairement dégagé la présence d'une indivision analogue à celle qui existe entre cohéritiers et l'ont volontiers confondue avec l'institution même de la communauté. Les arrêts parlent d'une fiction qui aurait pour but de prolonger la communauté ou ils raisonnent comme si la communauté continuait effectivement. Des auteurs modernes, par de récents travaux, ont attiré l'attention sur cette indivision de droit commun longtemps méconnue.

Une évolution jurisprudentielle s'est, d'autre part, produite qui a transformé la physionomie de l'indivision. A la tradition classique issue du Droit romain, qui ne voyait dans l'indivision qu'un ensemble de quote-parts accolées sur les biens impartageables de leur nature, elle a substitué la conception d'une masse autonome subsistant jusqu'au partage. Cette masse, indépendante du patrimoine personnel des indivisaires, comprend tous les éléments à partager, y compris les créances et les dettes. L'indivision se trouve ainsi mettre en jeu d'importants intérêts.

L'existence d'indivisions prolongées, d'une part, la tendance à une vie propre et caractérisée de la masse indivise, d'autre part, posent une série de problèmes qui appellent des solutions précises.

Après avoir recherché dans notre Ancien Droit les origines de la tendance moderne au maintien de l'indivision et examiné

les solutions des législations étrangères, nous nous attacherons, sur le terrain du droit positif, à dégager de l'effort d'organisation poursuivi par la jurisprudence l'existence d'une masse indivise organique. D'un point de vue à la fois chronologique et analytique, nous distinguerons dans trois chapitres : la naissance, le cours, l'extinction de l'indivision consécutive à la dissolution de la communauté.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Notions historiques et de droit comparé

Un important problème familial se pose, depuis des siècles, au décès de l'un des conjoints : le patrimoine commun ne peut-il survivre à la rupture de l'union conjugale ? Fréquemment, la mort prématurée d'un époux entraîne une dissolution inopportune de la communauté. Comment en assurer le maintien jusqu'au moment propice d'un partage ?

Deux solutions différentes ont été données à ce problème : la solution communautaire, d'une part, écarte toute idée de dissolution de la communauté conjugale et admet sa prolongation entre l'auteur survivant et les enfants du mariage par l'institution de la communauté continuée. La solution indivisaire, d'autre part, laisse au libre gré des intéressés le maintien, sous la forme d'une masse indivise, de l'ensemble des biens de la communauté.

Soucieux de servir les intérêts de la famille et d'assurer la cohésion du foyer familial, notre Droit du Moyen-Age avait trouvé, dans l'institution de la communauté continuée, le complément naturel et utile de la communauté conjugale. Fidèles à une vieille Tradition, les législations allemande et suisse ont, de même, intégré cette institution dans leurs récentes codifications, se ralliant par là à la solution communautaire. Notre Code civil,

hostile à toute idée de survie de la communauté, n'a pas laissé de place à la communauté continuée. L'observation des faits montre toutefois que, si la communauté ne survit plus à sa dissolution, en tant qu'organisme constitué, elle subsiste fréquemment à l'état de simple indivision, maintenue d'un bon et libre accord entre l'auteur survivant et les enfants du mariage. L'examen des solutions données par notre Ancien Droit et par les législations étrangères au problème qui nous occupe, sera un préliminaire utile à notre étude de Droit positif. L'influence de notre vieille institution coutumière de la communauté continuée explique la tendance moderne au maintien de l'indivision.

SECTION I. — L'institution de la communauté continuée dans l'Ancien Droit Français ⁽¹⁾

Intimement liée dans son histoire à la communauté conjugale, la communauté continuée apparaît au Moyen-Age et elle revêt alors sa vraie physionomie d'institution familiale. Dès le ^{xvi}^e siècle, des transformations économiques et les changements survenus dans l'organisation de la communauté de biens entre époux modifient à un tel point la nature et le but de cette institution que les rédacteurs du Code ne jugeront pas opportun d'en consacrer le maintien.

§ I^{er}. — LA COMMUNAUTÉ CONTINUÉE AU MOYEN-ÂGE

Dès le ^{xiii}^e siècle, la communauté n'était pas dissoute par le décès d'un conjoint, elle continuait en présence d'enfants mineurs ou majeurs. Cette prolongation servait les intérêts de la famille, en évitant un émiettement du patrimoine familial, dont le besoin ne se faisait d'ailleurs pas sentir, puisque les enfants continuaient à vivre en commun avec l'auteur survivant. Deux

(1) La seule étude d'ensemble consacrée à la communauté continuée est due à M. BONNECASE, *Annales de l'Université de Grenoble*, 1909, t. XXI, n° 3 ; 1910, t. XXII, n° 1.

tendances expliquent facilement la continuation de communauté à cette époque : une tendance générale à la création de compagnies familiales, et, d'autre part, le caractère de véritable association entre époux que présentait alors la communauté conjugale.

La solidarité de la famille, l'un des traits essentiels du Moyen Age, se traduisait par l'existence de multiples communautés familiales. « Frérages et parçonneries de Flandre, fraresches et pagèsies du Centre de la France, ces communautés de famille se répandent par l'Auvergne jusqu'en Languedoc et en Provence » (2). Ces compagnies résultaient, le plus souvent, du simple fait d'une vie commune et de ce fait la coutume tirait une conséquence juridique, la communauté familiale. « Car compagnie se fait par notre coutume par solement manoir ensemble à un pain et un pot un an et un jour, puisque li meubles de l'un et de l'autre sont mêlés ensemble » (3). Ces compagnies groupaient les enfants, même mariés, sous l'autorité de leurs parents. Au décès des parents, elles subsistaient entre les enfants qui laissaient en indivision le patrimoine de famille. A la communauté par simple cohabitation succédait la communauté héréditaire. « Il advient souvent, après le décès d'un père de famille, qu'il demeure une mère veuve vivant en communauté avec ses enfants qui n'ont qu'une habitation, une bourse, une table, et ne scait on qui est le maistre, et que tous indistinctement vont à la bourse, quand il en est mestier et de là prennent leurs necessitez et ce qui est requis à leur vie, outre les fruits de la terre qu'ils recueillent en un grenier. Cette bonne paix et union dure souvent à la vie des frères et des sœurs » (4). L'institution

(2) SIESSE : *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, Thèse Paris, 1922, p. 39. Voir aussi L. MASSE : *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, Thèse Paris, 1902, p. 396 et s.

(3) BEAUMANOIR : *Coutumes de Beauvoisis*, ch. XXI, 7. Voir P. BASTID : *De la fonction sociale des Communautés saisibles de l'Ancien Droit*, Thèse Paris, 1916.

(4) D'ARGENTRÉ : *Advis et consultations sur les partages et successions entre Nobles de Bretagne* (A la suite du Comment. sur la coutume de Bretagne), Question 45, § 1^{er}, Col. 2057.

de ces communautés ou sociétés taisibles est au Moyen Age absolument générale.

La communauté conjugale, d'autre part, est arrivée au Moyen Age à un degré suffisant de formation, pour offrir le caractère d'une véritable association entre époux portant sur les meubles et les conquêts. Le mari chef de l'union conjugale administre la masse commune, mais pour l'accomplissement de tout acte important, il requiert l'intervention de son épouse. Il ne pouvait alors être question de l'incapacité résultant du *Senatus Consulte Vellien* pour mettre obstacle à ce concours (5). En cas d'absence ou d'incapacité du mari, la femme pouvait sans autorisation prendre l'administration de la communauté et l'administrer valablement. De même, au décès de son mari, allait-elle pouvoir assumer la direction du patrimoine commun.

Ces deux tendances expliquent la continuation de plein droit de la communauté entre l'auteur survivant et les enfants du mariage. Beaumanoir a constaté la fréquence de la vie en commun des parents et des enfants dans les familles de son époque, où la communauté était le régime matrimonial en vigueur. Il cite à ce sujet un cas complexe de continuation de la communauté. « La quinte manière comment compagnie elle se fait, si est entre gens de poeste, quand un homme ou une femme se marie deux fois ou plus et a enfant de chacun mariage, et li enfants du premier mariage demeurent avec leur parrastre sans partir, ils peuvent perdre et gagner avec leur père et avec leur marrastre ou avec leur mère et avec leur parrastre » (6).

A Paris, une notion rigoureuse de la puissance paternelle a d'abord exclu toute communauté entre le conjoint survivant et les enfants (7). Tant que les enfants demeuraient « en sele », c'est-à-dire résidaient avec leurs parents, ils n'acquéraient pas pour eux-mêmes, mais pour leur père et mère. Les parents étaient « chefs d'ostel, leurs enfants ne pouvaient compagner

(5) LEFEBVRE : *Histoire du Droit matrimonial français*, Le Droit des gens mariés, p. 258.

(6) BEAUMANOIR, *op. cit.*, ch. XXI, 8.

(7) OLIVIER MARTIN : *Histoire de la coutume de la Prévôté et de la Vicomté de Paris*, t. I, p. 152.

avec eux » (8). Dans la Vicomté, la compagnie s'établissait par an et jour d'habitation commune entre le père et le fils après le décès de la mère. En 1342, le principe de la compagnie entre l'auteur survivant et les enfants du mariage fut admis sans ambiguïté pour Paris devant le Parlement (9). Au xiv^e siècle, les enfants font toujours compagnie avec le survivant des père et mère absolument comme les enfants orphelins entre eux, et ce sont les compagnies du premier type qui sont les plus courantes (10).

La communauté qui se prolongeait entre le survivant des parents et les enfants avait le même actif que la communauté conjugale qu'elle continuait et comprenait toutes les acquisitions faites dans la suite par l'auteur survivant. Les acquisitions des enfants, sans doute traitées comme communes à l'origine, leur restaient propres, le plus souvent considérées comme des libéralités personnelles.

La communauté continuée était naturellement dissoute par le décès de l'auteur survivant. Le second mariage du conjoint emportait rarement dissolution et donnait plus souvent lieu à une communauté composée. Dans certaines coutumes, la continuation cessait sur la demande des enfants devenus majeurs ou par la volonté de l'époux survivant.

Par le fait même que la communauté continuée n'était que la suite de la communauté conjugale, nous n'avons guère de détails sur son fonctionnement. L'essentiel est de souligner la fonction de l'institution qui s'accordait avec les mœurs familiales de l'époque. Le morcellement du patrimoine familial était évité entre gens qui vivaient en commun et même, dans la suite, lorsque les communistes vivaient en fait séparés.

(8) DENISART : *Collection des décisions nouvelles*, t. I, Paris 1771. V^e Continuation de communauté.

(9) OLIVIER MARTIN, *op. cit.*, t. II, fasc. 1^{er}, p. 173.

(10) Il y a lieu de croire que les communautés continuées ont souvent précédé les communautés taisibles qui existaient entre frères et sœurs. En ce sens LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 216. — *Contra* : MASSE, *op. cit.*, p. 417. — Le même processus se rencontre aujourd'hui, l'indivision post communautaire précède l'indivision héréditaire.

§ II. — LA COMMUNAUTÉ CONTINUÉE DU ~~XIV~~^{XIII}^e SIÈCLE AU CODE CIVIL

L'évolution qui allait restreindre la portée des communautés familiales, commencée à Paris dès le ^{XIV}^e siècle, est achevée au ^{XVI}^e siècle avec l'Ordonnance de Moulins qui exigeait que toutes conventions de cette importance fussent rédigées par écrit. D'autre part, la communauté continuée subissait le contre-coup de l'évolution accomplie en matière de communauté conjugale. La Renaissance du Droit romain avait affirmé la prédominance du mari dans la gestion des intérêts communs et le Senatus Consulte Velléien généralement accepté au ^{XVI}^e siècle mettait la femme en marge de la communauté. L'extension du rôle du mari et l'effacement de la femme rendaient dès lors impossible le maintien de la communauté, après le décès de l'un d'eux : Ou bien le mari survivait et ses pouvoirs exorbitants n'avaient plus leur raison d'être devant les héritiers de la femme. Ou bien la femme survivait et juridiquement elle ne pouvait être substituée au mari dans ses pouvoirs de maître. En lui donnant des pouvoirs amoindris, on eût créé une situation nouvelle ne se rapprochant pas de la communauté.

Sous ces diverses influences, la communauté semblait appelée à une dissolution nécessaire au cas de décès d'un conjoint et à un partage immédiat. L'institution de la communauté continuée ne disparut pas cependant. Certaines coutumes, dont celles de Paris (art. 240 et 241), d'Orléans et de Poitou notamment, la conservèrent pour l'utiliser à d'autres fins. L'esprit du système avait changé, il répondait à d'autres préoccupations. L'institution familiale n'allait plus être qu'une pénalité civile destinée à sanctionner la négligence de l'auteur survivant qui ne ferait pas inventaire. Elle n'était plus qu'un expédient, une menace pour le conjoint, un bénéfice au regard des enfants mineurs, « une simple modalité pour assurer une liquidation correcte de la communauté conjugale qui, née du mariage et à l'occasion du mariage, ne devait pas lui survivre » (11). Au dire de Lebrun,

(11) OLIVIER MARTIN, *op. cit.*, t. II, fasc 1^{er}, p. 265.

l'institution a été maintenue « en faveur des enfants mineurs et même en haine de la négligence du père ou de la mère qui survit et qui omet de faire inventaire, ce qui rend sa conduite suspecte, produit la confusion des biens et fait présumer que les acquêts sont faits des deniers des mineurs. On évite, par l'établissement de la communauté continuée, des poursuites et des recherches qui ne se feraient pas sans grands frais et qui blesseraient souvent le respect dû aux ascendants » (12).

Ainsi, ce n'est plus le souci de la cohésion familiale, mais celui des intérêts des enfants mineurs qui a entraîné le maintien de la continuation de communauté. En réalité, il n'y a de continuation que dans la mesure où il importe de sauvegarder les droits des mineurs dans la communauté au moment du décès du premier conjoint. « Cette continuation est de pure faculté et les enfants mineurs ont l'option ou de s'en prévaloir ou de demander le partage de la communauté, en l'état qu'elle s'est trouvée lors du décès du prédécédé, et la liberté d'en vérifier la consistance, la quantité, qualité et valeur des effets qui la composaient, tant par titres que par témoins, joint la commune renommée » (13). En présence d'enfants mineurs, l'auteur survivant était tenu de faire bon et loyal inventaire avec personne capable et légitime contradicteur et de le faire clore en justice dans un délai de trois mois. « Autrement et à faute de ce faire, sera la communauté continuée si bon semble aux enfants », dit un arrêt de règlement de 1727 (14). Une simple omission dans l'inventaire empêchait la dissolution de la communauté. Par arrêt de 1725, la continuation de communauté a été ordonnée sur ce qu'on avait laissé en blanc le nombre des marcs de la vaisselle d'argent (15).

(12) LEBRUN : *Traité de la Communauté*, p. 558. — Cf. DE FERRIÈRE : *Dictionnaire de Droit et de pratique*, Paris, 1755. V^e Continuation de communauté.

(13) POCQUET DE LIVONNIÈRE : *Règles du Droit François*, 3^e éd., 1737. V^e Continuation de communauté.

(14) Cité par GUY DU ROUSSEAUD DE LA COMBE : *Recueil de jurisprudence civile du pays de Droit écrit et de Droit coutumier*, Paris, 1785. V^e Continuation de communauté.

(15) DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *op. cit.*, *ibid.*

Les Coutumes de Poitou et d'Orléans admettaient la continuation non seulement avec les mineurs, mais aussi avec les majeurs, non seulement avec les enfants, mais avec les collatéraux. A défaut de dispositions coutumières, les règles du Droit Parisien étaient érigées en droit commun pour le reste de la France.

Sans reprendre la réglementation de cette institution nécessairement complexe, quoique clairement dégagée par Pothier ⁽¹⁶⁾, Bourjon, Lebrun, Renusson, il importe d'en marquer les traits principaux. « Les auteurs, dit M. Olivier Martin ⁽¹⁷⁾, disputaient beaucoup sur la question de savoir si la communauté prolongée était une communauté nouvelle ou une suite de la communauté conjugale. Eusèbe de Laurière y voyait une communauté du type des communautés taisibles du xiv^e siècle et par conséquent une communauté nouvelle. Mais la plupart des auteurs, s'appuyant sur le texte de la coutume et sur le fait que la communauté continuée était réglementée au titre de la communauté entre époux, la considéraient comme une suite de l'ancienne. Cependant la jurisprudence, après beaucoup d'hésitations, finit par rejeter la principale conséquence de cette Doctrine, en décidant que les conquêts de la communauté conjugale étaient des propres nés pour les enfants et tombaient dans la communauté continuée en usufruit seulement. » Cette exclusion des conquêts de la communauté conjugale présentait l'avantage de soustraire les immeubles communs au pouvoir de disposition reconnu au chef de la communauté continuée et au paiement du passif de cette dernière communauté. Aussi la pratique restait-elle attachée à cette solution, et cela n'empêchait pas Pothier ⁽¹⁸⁾ de voir dans la communauté continuée une simple prolongation de la communauté conjugale, dont la coutume pouvait toujours, d'autorité, modifier la composition.

Ainsi seuls les meubles de l'ancienne communauté entraient-ils dans la communauté continuée et c'était naturel, puisque l'in-

(16) POTHIER : *Traité de la Communauté*, 6^e partie, ch. I et II ; Œuvres, t. VII. RENUSSON : *Traité de la Communauté*, Paris, 1760.

(17) *Op. cit.*, t. II, fasc. 1, p. 263.

(18) *Communauté*, n^o 772.

ventaire qui faisait défaut avait précisément pour but de fixer la consistance du mobilier et d'éviter son aliénation ou sa transformation. Quant aux biens acquis pendant la continuation, il y avait lieu de distinguer : Du chef de l'auteur survivant, entraient en communauté les meubles acquis par lui à titre onéreux ou gratuit, les fruits de ses propres et de sa part de conquêts dans la communauté conjugale, et les immeubles acquis à titre onéreux pendant la continuation. La communauté continuée était à ses yeux la même que celle qui existait entre les conjoints (19). Du chef des enfants, tombaient seuls en communauté les revenus provenant de la succession de leur auteur prédécédé. On excluait sans hésitation toute acquisition mobilière ou immobilière qu'ils pouvaient faire, car c'est pour eux et non contre eux que la continuation était établie. Quant au passif, la seule part des dettes mobilières de la communauté conjugale qui incombait aux enfants entraient dans la communauté continuée, à l'exclusion de toutes dettes immobilières. Du chef du conjoint, toute dette contractée pendant le mariage ou la continuation de la communauté figurait dans la communauté continuée.

En sa qualité de chef de cette communauté, le conjoint survivant pouvait disposer des effets communs à titre onéreux ; les actes de disposition à titre gratuit en faveur d'un tiers lui étaient interdits.

La confection d'un inventaire ou le décès de l'auteur survivant entraînaient seuls en principe la dissolution de la communauté. Le mariage d'un enfant, le second mariage du conjoint n'avaient pas cet effet. L'article 242 de la Coutume de Paris dit à ce sujet : « Si le conjoint se remarie, ladite communauté est continuée entre eux pour un tiers, tellement que les enfants ont un tiers, le mari et la femme chacun un autre tiers. Et si chacun d'eux a enfants d'autre précédent mariage, ladite communauté se continue par quart ; et est ladite communauté multipliée s'il y avait d'autres lits et se partit également. En sorte que les enfants

(19) POTHIER : *Communauté*, n° 824 à 829.

de chacun mariage ne font qu'un chef en ladite communauté, le tout au cas qu'ils n'eussent fait inventaire comme dessus est dit. »

Le caractère facultatif de l'institution, la composition même de la communauté continuée excluaient toute idée d'association familiale et ne laissaient place qu'à un bénéfice pour les enfants, bien plutôt à une sanction civile à l'encontre du conjoint oublieux de ses devoirs (19 *bis*).

§ III. — REJET DE LA COMMUNAUTÉ CONTINUÉE PAR LE CODE CIVIL

A raison même de son évolution, l'institution ne se présenta pas au législateur de 1804 dans toute son ampleur. Les rédacteurs du Code ne considérant que son aboutissant à la fin de l'Ancien Droit, s'en tinrent à la conception dégagée par Pothier, sans se préoccuper de la fonction familiale de l'institution au Moyen Age. La poussée individualiste de l'époque ne pouvait d'ailleurs que les orienter en ce sens.

Dans le débat qui s'ouvrit au Conseil d'Etat le 6 vendémiaire an XII (29 septembre 1803), à propos de l'article 47 du titre X du livre III du projet de Code civil, devenu l'article 1442 du Code civil, la discussion porta essentiellement sur l'efficacité de la communauté continuée comme mode de protection des mineurs. On semblait surtout préoccupé du choix des solutions qui conduiraient au même résultat que celui atteint par la communauté continuée. Quelques déclarations de principe dénotent toutefois qu'à côté du problème technique, les rédacteurs du Code ont entrevu la possibilité du maintien d'une communauté familiale et l'ont délibérément écartée.

Tour à tour les orateurs s'accordèrent à condamner l'institution (20) : On vit Tronchet déclarer « qu'elle était la source de procès innombrables » ; Berlier « qu'elle était essentiellement

(19 *bis*) Une sanction analogue est aujourd'hui édictée par l'article 182 du Code civil Néerlandais.

(20) FENET : *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, p. 565 et s.

mauvaise » ; Treilhard « qu'on avait toujours réclamé contre cette institution : La Section saisira avec avidité les moyens qui pourraient être proposés pour suppléer à ce remède dangereux ». Berlier ajouta, dans la suite ⁽²¹⁾, que « la continuation ne pouvait exister sans conserver cette foule incalculable de questions, de controverses, de procès qui, malgré la précision des textes coutumiers, infestaient nos traités, nos écoles et nos tribunaux et que le premier but du Code civil était d'exterminer, s'il était possible, la controverse et la chicane ». Les plus impérieuses raisons furent mises en avant : On s'en prit à la complexité de l'institution. Tronchet fit remarquer qu'on n'était pas d'accord sur le droit respectif des mineurs et des majeurs au bénéfice de la communauté continuée, il souligna les inconvénients de l'entrée en communauté du second conjoint et insista sur le droit d'option laissé aux enfants entre la continuation et l'inventaire par commune renommée. Le résultat le plus fréquent de cette option était la renonciation des enfants à la continuation de communauté. Puisque l'inventaire par commune renommée devenait la règle générale, il était plus simple de l'établir directement.

À côté de la complexité et de la prétendue défaveur de l'institution, on remarqua que l'institution était loin d'être imposée par la communauté entre époux, et que plusieurs coutumes qui adoptaient la communauté n'en admettaient pas la continuation à défaut d'inventaire : Observation d'ailleurs inexacte, car les arrêts de règlement avaient érigé en droit commun de la France la réglementation du Droit Parisien.

Réal et Cambacérès furent seuls à formuler quelques objections. Réal montra que l'article en discussion indiquait le danger que couraient les intérêts des mineurs, mais n'apportait pas le remède, la Coutume de Paris l'avait trouvé dans la continuation de communauté. Cambacérès déclara qu'il ne prétendait pas défendre cette continuation, quoiqu'elle eût pour elle le préjugé de l'ancienneté et que toute innovation ne fût souvent qu'un

(21) Séance du 10 Pluviôse, An XIII (31 janvier 1804), FENET, *op. cit.*, p. 729.

essai dangereux, mais qu'il réclamait, du moins, la protection des intérêts des mineurs.

A côté de ces considérations techniques, une autre préoccupation se faisait jour à l'époque, qui était d'écarter toute idée de survie de la communauté entre l'auteur survivant et les enfants. « Toute société se rompt par la mort de l'un des associés, dit Berlier. Ce principe est incontestable, et il ne l'est pas moins qu'on ne peut être placé, malgré soi, dans les liens d'une société qu'on n'a point voulu contracter ». Sa conclusion est encore plus nette : « Un avantage incertain d'un côté, compensé par des inconvénients possibles, et de l'autre remplacé par une précaution plus sage, ne pouvait autoriser le maintien d'une institution dont le premier effet était de suspendre les lois de la nature et de violer une loi civile plus générale et sacrée, celle des successions » (22).

Il fut ainsi décidé que le décès d'un époux emporterait toujours dissolution de la communauté. Trois mesures de sauvegarde des intérêts des mineurs furent insérées dans l'article 1442 Code civil : La preuve de la consistance des biens de la communauté par commune renommée, la perte par l'auteur survivant de son droit de jouissance légale sur les biens des enfants mineurs, la solidarité de l'époux survivant et du subrogé tuteur à raison de toutes les condamnations prononcées au profit des enfants mineurs, résultant du défaut d'inventaire.

La solution communautaire de la prologation de communauté était exclue de notre Droit. Suivant le vœu de Berlier, la communauté était dissoute au décès de l'un des conjoints et dévolue par moitié entre l'auteur survivant et les enfants. Mais on semblait poser comme un invariable principe que la communauté serait partagée dès sa dissolution. Dès le lendemain du Code, la nécessité de surseoir à un partage immédiat est reparue, s'imposant comme une vérité permanente. Avant d'examiner notre tendance moderne à un libre maintien de l'indivision, il n'est pas sans intérêt de voir comment les législations allemande et suisse ont répondu à ces mêmes préoccupations.

(22) Sur cette déclaration de Berlier, voir FENET, t. XIII, p. 732.

SECTION II. — L'institution de la communauté continué dans les législations Allemande et Suisse

Le Code civil allemand de 1896 et le Code helvétique de 1907 admettent la survie de la communauté conjugale au décès de l'un des conjoints, sous la forme d'une communauté continuée. Il n'y a pas, en pareil cas, dissolution de la communauté. On ne peut même dire de la communauté continuée qu'elle est la suite de la communauté conjugale ; ce n'est que l'institution elle-même, envisagée à un moment différent, après la mort de l'un des époux.

Différentes dans leur réglementation, les institutions allemande et suisse reposent toutes deux sur une conception propre aux pays de tradition germanique, celle de la copropriété en main commune, le *Miteigentum Zur Gesamten Hand*. Cette conception de la copropriété s'exprime plus par une image que par une réglementation de texte. Elle s'applique à certaines communautés dans lesquelles le lien qui unit les communistes est plus particulièrement énergique, telles les sociétés, la communauté conjugale, la communauté continuée et la communauté d'héritiers (23). Elle montre, d'une part, une association de personnes unies entre elles par un lien très fort, d'autre part, une masse de biens appartenant à ces mêmes personnes, mais formant une unité patrimoniale distincte des patrimoines propres des communistes. Sur les éléments de cette masse, chaque communiste ne saurait prétendre, tant que dure la propriété collective, à une quote-part quelconque. La masse est tout entière la propriété des associés pris dans leur ensemble, d'où : l'impossibilité pour chacun de disposer séparément de ses droits dans cette propriété, la nécessité d'un concours unanime des ayants droit pour la validité d'une aliénation quelconque des biens en main commune, mais aussi l'absence de toute personne juridique distincte des personnes des associés et qui serait titu-

(23) Cf. SIESSE, *op. cit.*, p. 89.

laire du patrimoine commun. D'un mot, « il n'y a pas plusieurs parts accolées, mais solidarisation de tous les intérêts. Chacun étend la main sur le tout, mais il faut que toutes les mains se rencontrent pour qu'un acte judiciaire soit opposable à tous » (24).

Eclosée dans le cadre de l'ancienne solidarité familiale, cette forme de copropriété n'a pu que resserrer les liens personnels des membres de la famille germanique. La mort du père ne dissolvait pas le foyer commun, les fils s'unissaient pour conserver les biens qu'ils avaient recueillis, formant une communauté continuée : *fortgesetzte Hausgemeinschaft* (25). Une communauté de famille par association se substituait à la communauté de famille par autorité. Il semble ainsi que la communauté continuée ait été la première application de la *gesammte Hand*.

§ 1^{er}. — LA COMMUNAUTÉ CONTINUÉE DANS LE CODE CIVIL ALLEMAND

Le Code civil allemand de 1896 a fait, à l'institution de la communauté continuée, une large place, ne lui consacrant pas moins de trente-sept articles (art. 1483-1519, art. 1557). Le premier trait frappant de cette communauté prolongée est la subrogation des enfants aux droits de l'époux prédécédé dans la communauté, par le seul effet de la loi. Tout doit se passer comme si le patrimoine familial s'était, dès le début, formé par le concours de l'auteur survivant et des enfants. L'article 1487 du B. G. B. écarte toute dévolution successorale, il enlève ainsi toute idée de quote-part, car il n'est pas fait état de la valeur du patrimoine commun au décès du premier époux. Le patrimoine conjugal suit sa destination, indépendamment des personnes qui le composent, sans rien perdre de sa cohésion et de son indépendance. Cette continuation automatique est tout à fait conforme à la nature et au but de la *gesammte Hand*, de même d'ailleurs

(24) DONNEDIEU DE VABRES et NAST : *L'Héritage*, dans la Vie juridique du Français, publiée par Thaller, Paris, 1909, p. 178 et s.

(25) RICOL : *La copropriété en main commune et son application possible au Droit Français*, Thèse Toulouse, 1907, p. 47 et s.

que le droit d'accroissement au profit de la communauté de la part de l'enfant qui renonce.

Le second trait caractéristique de l'institution réside dans le caractère d'ordre public de sa réglementation. La réglementation légale est obligatoire, elle ne comporte aucune convention contraire. La structure interne de la communauté continuée est d'ordre public, à l'opposé de son existence même que les époux par contrat ou l'auteur survivant au décès de son conjoint peuvent exclure ou rejeter (26). L'institution n'est pas toutefois légalement inhérente à tous les régimes ; elle n'existe de plein droit qu'au cas de communauté universelle, sauf clause contraire du contrat de mariage ; elle n'existe dans la communauté de meubles et acquêts que lorsqu'une clause expresse la prévoit ; elle n'existe jamais dans la communauté d'acquêts.

La continuation de communauté suppose qu'il existe des enfants nés du mariage. A leur défaut, la part du conjoint prédécédé fait l'objet d'une dévolution successorale. Les enfants du premier lit de l'auteur décédé prélèvent leur part, de même que les enfants exclus par la volonté commune des époux. La représentation joue au profit des descendants de l'un des enfants.

L'actif de la communauté continuée comprend les biens communs qui existaient pendant le mariage, ceux que le survivant recueille dans la succession de son conjoint et ceux qu'il acquiert à titre onéreux pendant la continuation (art. 1485, 1°). Les revenus des biens propres de l'époux et des enfants tombent en communauté ; mais les biens que les enfants pourraient posséder au décès du prémourant et ceux qui leur adviennent ultérieurement ne font jamais partie de la masse commune (art. 1485, 2°).

La communauté continuée prend fin par la mort de l'époux survivant, mais non par celle d'un enfant intéressé. En l'absence de descendants, la part de l'enfant décédé accroît à ses frères et sœurs. La volonté du conjoint survivant peut encore faire cesser

(26) ENDEMANN : *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 7^e éd., t. II, p. 788. Voir BONNECASE, *loc. cit.*, Annales de l'Université de Grenoble, 1910, p. 10.

la communauté par une déclaration adressée au Tribunal du lieu de la succession de l'époux décédé (art. 1492). Le remariage du conjoint et, dans certains cas, une action en dissolution intentée par les descendants, entraînent la cessation de cette communauté.

Par son système rigoureux, supplétif de la volonté des parties, le Code allemand a voulu assurer une forte cohésion du groupe familial.

§ II. — LA COMMUNAUTÉ CONTINUÉE DANS LE CODE CIVIL SUISSE

Le Code civil suisse de 1907, en vigueur depuis 1912, organise la communauté continuée dans ses articles 229 à 236. Si son œuvre repose sur le même fondement que celle du Droit allemand, du moins se montre-t-elle, avant tout, respectueuse de la volonté des membres de la famille, à qui elle laisse toute latitude pour former leur association.

Comme en Allemagne, l'institution répond à la notion de copropriété en main commune. « Il existe une union si étroite au point de vue des droits de propriété entre les deux époux, et, après la mort de l'un d'eux, la continuation de communauté entre le survivant et les enfants est si naturelle ou peut même offrir des avantages tels que le législateur suisse a repris l'institution de la communauté prolongée » (27). Un lien personnel très fort unit les membres de la famille qui gardent en main commune le patrimoine commun. Le droit d'accroissement au profit de la communauté de la part de l'enfant décédé sans postérité (art. 235, al. 3) n'est qu'une manifestation de la *Gesamnte Hand*.

De même qu'en Allemagne, l'institution n'est inhérente qu'au régime de communauté universelle ; mais la continuation n'a pas lieu de plein droit. La prolongation exige le consentement de tous, aussi bien des enfants que de l'époux, des mineurs que

(27) ROSSEL et MENTHA : *Manuel de Droit Civil Suisse*, p. 313. Voir aussi nos 545 et 557.

des majeurs (art. 229). Le législateur suisse a compris que la continuation ne donnerait de bons résultats que si elle était acceptée en parfait accord par tous les intéressés, seuls capables d'en apprécier les avantages. Aussi la continuation n'est-elle qu'une pure faculté. Le silence de l'époux qui, en Allemagne, entraîne de plein droit la continuation, l'empêche, au contraire, en Suisse. Il n'y a, en réalité, qu'une « offre légale » qui nécessite une acceptation pour se transformer en un droit.

La communauté prolongée n'est pas, en Suisse, une communauté universelle, elle n'apparaît pas comme le complément direct de la communauté conjugale. Les biens qui dépendent de la communauté, les revenus et les gains réalisés pendant la continuation et qui seraient tombés en communauté, si le mariage avait subsisté, entrent dans la communauté continuée, mais les biens acquis par l'auteur survivant ou les enfants à titre de succession ou à quelque autre titre gratuit ne tombent pas en communauté, ils sont qualifiés par la loi de « réservés » (art. 230). « La communauté prolongée est administrée et représentée par le conjoint survivant, si les enfants sont mineurs. A leur majorité, d'autres règles peuvent être établies par convention. » Cette disposition de l'article 231 écarte le système rigoureux du législateur allemand qui mettait au-dessus de la volonté des parties la direction du patrimoine commun.

Enfin la continuation n'est pas plus imposée jusqu'au décès de l'époux survivant qu'elle ne l'a été à la disparition de l'époux prédécédé (art. 232). Le conjoint survivant peut, en tout temps, dissoudre la communauté prolongée, les enfants majeurs peuvent toujours en sortir collectivement ou individuellement. La même faculté est accordée à l'autorité tutélaire agissant au nom des mineurs. La volonté de l'auteur survivant suffit, à elle seule, à entraîner la dissolution ; du côté des enfants, il faut un consentement unanime. Tant que l'un seul persiste à rester en communauté, celle-ci se prolonge ; les enfants qui ont exprimé leur volonté d'en sortir n'ont qu'à faire liquider leurs droits au moment de leur sécession. Le décès de l'auteur survivant, son remariage, sa faillite ou celle d'un enfant, sauf, dans ce dernier

cas, exclusion et liquidation des droits de l'enfant failli, un jugement rendu sur poursuite des créanciers personnels des communistes, sont autant de causes prévues par la loi pour la dissolution de la communauté.

Une disposition du Code suisse a toute son importance, elle prévoit que « la liquidation et le partage ne doivent pas avoir lieu en temps inopportun ». C'est, par là, laisser au juge un large pouvoir d'appréciation pour le maintien de la communauté jusqu'au moment favorable à un partage.

Par son application nuancée de la *Gesammte Hand*, qui requiert à tout instant l'assentiment et la bonne entente des intéressés, le système suisse a trouvé une formule de transition entre l'institution allemande plus rigide et l'indivision inorganisée qui subsiste chez nous à l'état de fait. Il traduit la nécessité d'une volonté cohérente des divers ayants droit pour le bon fonctionnement de la communauté continuée.

SECTION III. — La tendance moderne au maintien de l'indivision à la dissolution de la communauté

Avec les articles 1441 et 1442 Code civil qui rayaient à jamais de nos institutions la continuation de communauté ⁽²⁸⁾, les rédacteurs du Code avaient cru que la communauté dissoute serait partagée sans délai. Ils semblaient voir une concordance absolue entre la rupture de l'union conjugale et le partage des biens communs. La masse commune ne devait pas survivre à la dissolution de la communauté conjugale ; il n'y avait plus, dès lors, d'intérêts communs à satisfaire ; bien plutôt, un antagonisme d'intérêts devait nécessairement se révéler entre les divers ayants-

(28) L'article 134 de la loi du 1^{er} juin 1924 portant introduction des lois civiles françaises en Alsace et Lorraine a décidé qu'aucune communauté continuée ne pourra désormais prendre naissance. Pour respecter les intérêts du conjoint qui avait, avant la mise à exécution de la loi, un droit éventuel à la communauté continuée, la loi a attribué à l'époux survivant un droit d'usufruit, qui s'exerce sur la part des biens communs de l'époux décédé. Cf. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 661.

droit. Tout au plus, l'intitulé de la Section III du chapitre relatif à la communauté : « De la dissolution de la communauté et de quelques-unes de ses suites », peut-il laisser entrevoir que les rédacteurs de 1804 ont, de propos délibéré, négligé quelques-uns des problèmes posés par la dissolution.

Or, dès le début du *xix*^e siècle, s'est accusée une tendance très nette, de la part des enfants de l'auteur prédécédé, à ne pas exiger la satisfaction immédiate de leurs droits dans la communauté dissoute. La masse des biens communs est fréquemment laissée en indivision jusqu'au décès de l'auteur survivant. Nos mœurs modernes s'accommodent d'un simple état de fait, ni prévu, ni réglementé, pour maintenir, sans toutefois la continuer, la communauté dissoute jusqu'au jour d'un partage propice. Ce régime de liberté est, en somme, préférable à une réglementation légale ; les parties, de leur libre gré, conservent le patrimoine commun à l'état d'indivision pour le mieux des intérêts familiaux. D'où vient cette tendance au maintien de l'indivision post-communautaire et quelles en sont les causes ?

§ I^{er}. — LES ORIGINES DE LA TENDANCE AU MAINTIEN DE L'INDIVISION

A la fin de notre Ancien Droit, l'habitude était prise, en présence d'enfants mineurs, de surseoir au partage de la communauté jusqu'à la majorité des enfants ou jusqu'au décès de l'auteur survivant. En effet, ou bien il n'était pas dressé d'inventaire au décès de l'époux prémourant, la communauté continuait jusqu'à confection d'inventaire et, plus souvent, jusqu'à la majorité des enfants ou jusqu'au décès du conjoint. Les enfants optaient, à leur majorité, entre la liquidation normale au décès du prémourant et la continuation. De toutes façons, on procédait au partage à un moment plus ou moins éloigné de la dissolution. Ou bien, il y avait confection d'inventaire, et il semble qu'en pareil cas l'indivision — et non plus la continuation de communauté — était maintenue jusqu'à la majorité. Pothier, tout en posant le principe que « l'indivision réclame perpétuellement en faveur du partage », dit en effet : « Chacune

des parties peut, *lorsqu'elle est majeure*, demander aux autres le partage des biens qui sont demeurés en commun » (29). Pothier ne reconnaît-il pas d'ailleurs implicitement l'existence de cette indivision ? Il parle d'un « compte mobilier par lequel les parties se font respectivement raison de ce que chacune d'elles, *depuis la dissolution*, a reçu des biens de la communauté et de ce que chacune d'elles a mis pour les biens communs » (30).

Cette tradition de reporter le partage à la majorité des enfants ou au décès de l'auteur survivant a tout naturellement subsisté au cours du XIX^e siècle. Les cas de communautés continuées qui eurent à être tranchés jusqu'au milieu du XIX^e siècle (31), selon les règles de l'Ancien Droit, ne pouvaient que maintenir cette tradition. Les dispositions nouvelles du Code civil emportaient de plein droit la dissolution de la communauté au décès d'un conjoint, elles n'appelaient pas un partage immédiat. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 14 février 1816 (S. 1816, 1, 363) écarte nettement la présomption de communauté pour une acquisition postérieure à la dissolution. La communauté dissoute cesse de s'accroître par l'effet d'acquisitions nouvelles, elle forme une masse indivise fermée. De bonne heure, apparaît la tendance au maintien de cette masse indivise : Une décision de la Cour de Paris du 22 mars 1834 (32) donne l'exemple d'un fonds de commerce resté indivis entre une veuve commune en biens et ses enfants du premier lit, géré par le second mari de la veuve.

L'examen des décisions judiciaires ne peut faire ressortir la fréquence de l'indivision post-communautaire et la portée de cette institution familiale. Ces indivisions n'ont pour ainsi dire

(29) Communauté, n° 694.

(30) Communauté, n° 692.

(31) Cf. D.J.G. : *Contrat de mariage*, nos 1570, 1574, 1575 ; Civ. 12 août 1828, S. 1829, 1, 42 ; Civ., 17 février 1829, S. 1829, 1, 149 ; Civ., 8 mars 1843, S. 1843, 1, 507 ; Civ., 12 mars 1845, S. 1845, 1, 524.

(32) S. 1834, 2, 190. Voir pour des exemples d'indivisions prolongées : Req., 7 juillet 1892, D.P., 1893, 1, 5, note de Loynes. Il n'a été procédé au partage qu'après 46 ans d'indivision. Voir aussi, Civ., 24 juillet 1866, S. 1867, 1, 424, D.P. 1867, 1, 36 ; Req., 8 juin 1868, S. 1868, 1, 359 ; Bordeaux, 28 avril 1896, D.P. 1898, 2, 84.

pas d'histoire judiciaire ; leur prolongation repose essentiellement sur une parfaite entente des membres du groupe familial, elle implique le libre gré de tous les intéressés. Plus que les tribunaux, les notaires apprécient, à l'occasion des règlements de famille, toute l'importance de cette tradition. Il est vrai qu'ils sont, en général, peu favorables au maintien de l'indivision, qui entraîne les difficultés d'une liquidation ajournée, et ne prodiguent pas leurs conseils en ce sens. L'observation des faits ne révèle pas moins que cette indivision tient, dans la vie courante, une place importante : Dans les milieux populaires, l'avoir commun est souvent le seul élément du patrimoine de l'époux défunt, les enfants abandonnent leur part à l'auteur survivant et s'abstiennent d'en demander le partage. Dans les milieux ruraux, lorsque le domaine foncier est un bien de communauté, on ne fixe pas au décès de l'époux prémourant la part qui revient à l'auteur survivant et celle des enfants. Tous continuent à mener la vie commune et restent en indivision jusqu'au décès de l'auteur survivant ou, plus souvent, jusqu'à ce que cet auteur ait, par voie de donation, remis aux enfants sa part de communauté : Le partage intervient, de son vivant, entre les enfants qui conservent l'exploitation. Dans les centres urbains et les familles aisées, où la fortune mobilière est plus répandue, les partages de communauté au décès de l'époux prémourant, sont plus fréquents.

Il y a lieu de noter enfin que les préventions du législateur à l'encontre de l'indivision se sont quelque peu dissipées avec les lois récentes sur les habitations à bon marché et la propriété rurale, aujourd'hui codifiées dans la loi du 5 décembre 1922, et avec la loi du 12 juillet 1909 sur le bien de famille insaisissable. L'article 81 de la loi du 5 décembre 1922 a édicté des règles spéciales qui permettent, au décès du propriétaire d'une habitation à bon marché, de maintenir l'indivision entre le conjoint et les descendants du défunt et autorisent l'un d'eux à reprendre l'immeuble sur estimation. La loi du 12 juillet 1909, modifiée par les lois du 14 mars 1928 et 22 février 1931, prévoit que le bien de famille peut être constitué par le mari sur les biens de com-

munauté et survivre à la dissolution du mariage par le décès d'un époux. En présence d'enfants mineurs, le juge peut en ordonner la prolongation jusqu'à la majorité du plus jeune. A son tour, le législateur n'a pas craint de consacrer le maintien du patrimoine commun.

§ II. — LES CAUSES DU MAINTIEN DE L'INDIVISION POST-COMMUNAUTAIRE

On présente souvent l'indivision comme un régime défavorable à la bonne administration des biens et à la bonne entente des intéressés. L'union des familles étant à la base de l'ordre social, il importe, avant tout, d'éviter les dissensions familiales qui portent un caractère particulier d'immoralité. L'indivision consécutive à la dissolution de la communauté ne devrait être qu'un état purement transitoire, une « communauté de liquidation ».

S'il en est ainsi à la suite d'un divorce, d'une séparation de corps ou de biens, il y a plus à la suite du décès d'un conjoint ou de son absence : La communauté de liquidation est alors stabilisée pour le mieux des intérêts familiaux. L'habitude de surseoir au partage s'explique facilement en présence d'enfants mineurs. L'époux survivant tuteur légal se contente de faire dresser l'inventaire, assisté du subrogé tuteur. Il a l'administration des biens échus aux enfants par le décès de son conjoint, et jouit de l'usufruit de ces biens jusqu'à ce que les mineurs aient atteint l'âge de dix-huit ans (art. 384). Il n'a donc pas intérêt à procéder au partage qui est reporté à la majorité du plus jeune des enfants : Les lenteurs et les frais d'un partage judiciaire sont par là évités. Souvent il y a prolongation de fait de la tutelle au delà de la majorité, et la reddition des comptes prévue par l'article 472 Code civil n'intervient qu'au moment du partage.

Lorsque les enfants sont majeurs, le maintien de l'indivision s'explique par un sentiment de déférence des enfants à l'égard de l'auteur survivant. Pour ne pas modifier la condition maté-

rielle de leur père ou de leur mère qui survit, les enfants lui abandonnent l'administration et la jouissance des biens indivis. Tout au plus, se contentent-ils parfois d'en partager les fruits et revenus. C'est là une règle constante dans les familles de la bourgeoisie. Les enfants sont assurés de retrouver dans la succession de l'auteur survivant tout ou partie des revenus qu'ils n'ont pas réclamés.

Des considérations d'ordre juridique expliquent aussi la fréquence de cette indivision : A la différence des cohéritiers appelés à une même succession, l'auteur survivant et les enfants n'ont ni la même qualité, ni la même quote-part. Le titre en vertu duquel ils concourent sur la masse n'est pas le même. L'époux est copropriétaire de moitié, au moins, des biens de la masse commune ; ces biens, il les a lui-même acquis ou, par son esprit d'économie, il a contribué à leur entrée en communauté. Les enfants ne sont qu'héritiers, et le faisceau de leurs parts n'égale jamais les droits de l'auteur survivant ; les héritiers supportent l'usufruit légal du conjoint survivant (art. 767 C. civ., modifié par la loi du 3 décembre 1930 ⁽³³⁾). La double qualité de l'époux, copropriétaire de moitié et usufruitier légal, a pour effet de rompre à son profit l'équilibre entre les indivisaires.

Le droit d'usufruit du conjoint survivant porte fréquemment sur la moitié de la succession de l'époux décédé, selon la volonté de cet époux ; plus souvent, le conjoint survivant est gratifié, par voie de donation entre époux ou par testament de la plus forte quotité disponible entre époux, soit, en présence de descendants, du quart en pleine propriété et du quart en usufruit (art. 1094 C. civ., mod. loi 3 décembre 1930) ⁽³⁴⁾. Il peut, en outre, bénéficier d'avantages matrimoniaux portés à son contrat de mariage : les époux ont pu prévoir dans leur contrat que le

(33) Cette loi a augmenté les droits de l'époux survivant dans la succession *ab intestat* de son conjoint en lui attribuant la part de la succession afférente à la ligne où il n'y a pas de parents au degré successible. Voir sur cette loi : CAPITANT : D. H., 1931, *Chronique*, p. 5 et s. ; H. MOREAU : *Semaine juridique* 4 janvier 1931.

(34) Aux termes de cette loi, l'époux peut, en l'absence d'enfants ou de descendants, disposer en faveur de son conjoint de la nue propriété de la portion réservée aux ascendants par l'article 914 du Code civil.

survivant d'entre eux prélèverait sur la masse commune avant le partage une somme d'argent, une certaine quantité de meubles ou tels immeubles déterminés : ces prélèvements résultent de la clause de préciput réglementée par les articles 1515 à 1519 Code civil. Ils ont pu déroger, aux termes de l'article 1520 Code civil, au partage égal établi par la loi, attribuer au survivant les deux tiers ou les trois quarts des biens communs. Le survivant peut, d'après le contrat, bénéficier d'un usufruit total de la masse commune, ou être attributaire de la pleine propriété des meubles et de l'usufruit des immeubles. Tous ces avantages, qui accusent la prédominance des droits de l'époux survivant, ne peuvent que contribuer au maintien de l'indivision.

Pour éviter un double partage de la masse commune, les enfants attendront que la totalité des biens communs leur soit dévolue au décès du survivant de leurs parents. Ils seront alors tous héritiers et sur un pied le plus souvent égal. Ils n'auront plus d'usufruit à supporter, les lots seront plus commodément et, une fois pour toutes, établis. L'indivision post-communautaire apparaît ainsi comme une étape utile entre le décès de deux époux. Une période d'attente est nécessaire, pour permettre la fusion du patrimoine commun dans une seule masse héréditaire.

Une tendance se fait jour actuellement, qui tend en quelque sorte à prévenir cet état d'indivision, par l'attribution totale de la communauté à l'auteur survivant, prévue dans le contrat de mariage. Les héritiers de l'époux décédé se contentent de reprendre, sauf clause contraire du contrat, « les apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur » (art. 1525 C. civ., al. 1), soit les meubles qu'il possédait au jour du mariage et ceux qui lui sont échus à titre gratuit au cours de la communauté ⁽³⁵⁾.

Cette fréquence et parfois cette nécessité de l'indivision post-communautaire donnent à notre étude de Droit positif un intérêt tout particulier.

(35) Sur le caractère de cette reprise d'apports, voir PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, nos 873, 875. Cf. Paris, 20 février 1928, *Gaz. Trib.*, 16-17 mars 1928. Comment, GAUDEMET, dans *Rev. Trim.*, 1928, p. 660.

CHAPITRE PREMIER

La naissance de l'indivision à la dissolution de la communauté

Essentiellement fondée sur la collaboration des conjoints et poursuivant la satisfaction de leurs intérêts communs, la communauté conjugale a une durée limitée. Non seulement le décès d'un époux ou sa disparition mettent fin au régime de communauté, mais la dissolution intervient souvent du vivant des deux conjoints : Le mariage des époux de bonne foi vient à être annulé ou est rompu par le divorce. Ou bien, malgré la survivance du mariage, la vie commune cesse, l'impéritie du mari rend impossible toute collaboration des conjoints : il y a dissolution par séparation de corps et par séparation de biens.

La dissolution de la communauté a pour effet de substituer à la copropriété conjugale, spécialement régie par le Code, une indivision de droit commun analogue à celle qui existe entre cohéritiers. Cette indivision comprend tous les éléments de la communauté conjugale au jour de sa dissolution, mais elle cesse désormais de s'accroître par l'effet d'apports nouveaux. Elle forme une masse figée. L'indivision suppose toutefois que la femme ou ses héritiers ont accepté la communauté ; leur renonciation a pour effet d'anéantir rétroactivement toute indivision, la masse commune se fond alors dans le patrimoine du

mari ; la femme ou ses héritiers ne peuvent qu'exercer leurs reprises en nature ou en deniers (art. 1493). La renonciation de la femme ou de ses représentants est incompatible avec l'existence d'une indivision (1).

La naissance de cet état d'indivision demande quelques précisions : Quand commence l'état de fait nouveau, quels sont les sujets de droit et quelle est l'étendue de la masse dans les divers cas de dissolution ? Quelle est la nature juridique de cette masse comparée, à celle de la communauté ? Quels éléments figurent à son actif et à son passif ?

SECTION I. — Le point de départ de l'indivision.

Les sujets de droit et l'étendue de la masse

A raison même de leur diversité, les modes de dissolution de la communauté influent sur le point de départ de l'indivision, sur les personnes qui se trouvent en indivision et sur l'étendue de la masse.

§ 1^{er}. — LE POINT DE DÉPART DE L'INDIVISION

Il y a un intérêt sérieux à arrêter le moment précis de la dissolution de communauté : Toute acquisition postérieure, en tant du moins qu'elle a une origine externe à la masse, n'entre pas dans la masse indivise, les successions mobilières échues aux époux leur restent propres. Les époux ont, dès lors, droit aux fruits et revenus de leurs biens propres et aux intérêts de leurs

(1) Req., 9 nov. 1926, D.H. 1926, 546 ; S. 1927, 1, 47. — *Contra* : Paris, 19 décembre 1928, D.P. 1930, 2, 41. *Sem. jurid.*, 19 octobre 1930. Comment. SAVATIER, dans *Rev. Trim.*, 1929, p. 479. D'après cet arrêt, tant que les reprises n'ont pas été liquidées et nonobstant la renonciation de la femme, l'indivision subsiste à l'égard des biens dont le mari demeure comptable à titre de reprises. Cette solution ne peut être retenue. Tous les biens communs sont, par la renonciation de la femme, la propriété exclusive du mari. La femme ne peut être que créancière de ses reprises et non coindivisaire.

reprises. Le mari perd ses pouvoirs exorbitants sur la masse commune.

Il y a lieu de distinguer, parmi les modes de dissolution, ceux qui emportent une dissolution immédiate de la communauté et ceux qui agissent avec rétroactivité. Le décès d'un époux, l'absence et l'annulation du mariage produisent effet *ex nunc* (2), les jugements de séparation de biens ou de corps et de divorce remontent au jour de la demande en justice, ils produisent effet *ex tunc*. Bien que constitutifs de droits, ces jugements créent une situation nouvelle non seulement pour l'avenir, mais pour une certaine période du passé : « Ce sont des jugements constitutifs rétroactifs » (3).

Au cas de décès d'un époux, la substitution de l'indivision au régime de communauté se produit immédiatement, aucune difficulté ne s'élève à ce sujet. Au cas d'absence, cette substitution est moins rapide : Logiquement une seule date peut être retenue pour la dissolution de communauté, celle de la disparition ou des dernières nouvelles ; mais il faut tenir compte de l'incertitude qui règne sur le sort de l'absent et toujours envisager son retour possible. La disparition n'entraîne pas *ipso facto* la dissolution, il faut attendre la déclaration de l'absence, quatre ans au moins après la disparition (4) (art. 115 C. civ.). Les héritiers présomptifs peuvent alors demander l'envoi en possession provisoire de la succession de l'absent. L'article 124 Code civil permet, en pareil cas, au conjoint présent d'opter pour la dissolution de la communauté ou sa continuation provisoire.

Le conjoint opte-t-il pour la dissolution immédiate, la dissolution a lieu dès le jour de la disparition. Opte-t-il au contraire pour la continuation provisoire, il empêche ou plus exactement suspend l'envoi en possession provisoire sur la part de l'absent dans la masse commune. Ce régime d'attente, utile au cas où

(2) Cf. JOSSELAND : *Cours de Droit civil positif français*, t. III, n° 209.

(3) Cf. L. MAZEAUD : *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*. Rev. Trim., 1929, p. 44 et s.

(4) BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE : *Des personnes*, t. I, n° 1182. BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE : *Du Contrat de Mariage*, t. II, n° 992. PLANIOL, RIPERT et NAST : IX, n° 738, note 6.

l'époux absent reviendrait, prend nécessairement fin par la nouvelle du décès : la dissolution se produit alors au jour du décès. A défaut de nouvelles, l'envoi en possession définitif, le changement de volonté du conjoint présent, sa destitution ou son décès emportent la dissolution, et cette dissolution remonte au jour de la disparition.

Ainsi, en matière d'absence, de deux choses l'une : ou bien des informations précises parviennent au sujet du décès de l'absent et la communauté dure jusqu'à ce jour, ou bien l'incertitude se prolonge indéfiniment et la communauté fait place à l'indivision dès le jour de la disparition.

Lorsqu'un mariage vient à être annulé, il y a lieu de faire plusieurs distinctions, pour déterminer le point de départ de l'indivision.

Les deux époux étaient de mauvaise foi au temps de leur union, leur mariage ne peut valoir comme putatif, ils sont réputés n'avoir jamais été mariés. De même qu'il y a disparition rétroactive du mariage, il y a anéantissement rétroactif de la communauté (5), les époux sont en état d'indivision dès le jour du mariage. L'indivision ne suit pas la dissolution de la communauté, elle remonte au début du mariage.

Les deux époux étaient de bonne foi au moment du mariage, ignorant la cause de sa nullité. Le mariage vaut comme putatif, le régime matrimonial est réputé durer jusqu'au jour où le jugement est devenu définitif (art. 201 C. civ.). Il ne peut être question de la rétroactivité de ce jugement au jour de la demande en justice, les cas de rétroactivité prévus par la loi pour les jugements de séparation de biens et de divorce sont de droit étroit. L'annulation n'a d'effet que pour l'avenir, les conventions matrimoniales sont maintenues pour le passé. L'indivision entre époux putatifs commence à dater du jour où le jugement prononçant la nullité est devenu définitif.

Si l'un seul des époux était de bonne foi au jour du mariage, il dépend de lui d'opter entre les deux solutions précédentes et de demander l'application des règles de l'indivision ou de la communauté pour la période du mariage.

(5) Cf. Paris, 10 février 1892. D.P. 1892, 2, 493. :

Lorsque la communauté se dissout avant son terme normal par divorce, séparation de corps ou de biens, la loi édicte une rétroactivité au jour de la demande en justice : Elle veut que la composition active et passive de la masse commune soit dès lors arrêtée et éviter que le mari puisse abuser des lenteurs de la procédure pour disposer du patrimoine commun. Encore y a-t-il lieu de distinguer pour la portée de cette rétroactivité entre le jugement de séparation de biens qui rétroagit aux yeux de tous (art. 1445, al. 2) et les jugements de séparation de corps et de divorce qui ne rétroagissent qu'entre époux (art. 252 *in fine*).

La demande en séparation de biens est entourée par la loi de mesures de publicité, qui la portent à la connaissance des tiers (art. 866 à 869 C. pr. civ.). Le jugement qui la prononce remonte, quant à ses effets, au jour de la demande en justice et cette rétroactivité joue aussi bien à l'égard des tiers que dans les rapports entre époux. L'indivision naît *erga omnes* au jour de la demande en justice ; ce jour n'est pas celui où la femme présente sa requête, l'instance n'est pas alors commencée, mais celui où le mari est assigné (6).

Il était impossible d'étendre cette règle de la rétroactivité complète aux jugements de séparation de corps et de divorce, dont les demandes ne sont pas publiées. La loi a organisé un système complexe : La rétroactivité ne se produit qu'entre époux ; à l'égard des tiers, la communauté continue jusqu'au jour de la transcription du divorce (art. 252 C. civ. *in fine*) ou jusqu'au jour où le jugement de séparation de corps est devenu définitif. Cette distinction des parties et des tiers doit être strictement limitée au régime matrimonial (7), la loi du 26 juin 1919 (art. 252, al. 6)

(6) Cf. Bordeaux, 23 nov. 1880. D.J.G. Supplément. V° *Contrat de mariage*, n° 684.

(7) Cf. ROUAST : Note D. P. 1924, 2, 113. La distinction des parties et des tiers ne peut être maintenue que dans le droit contractuel, « dans les actes juridiques volontaires où elle constitue une mesure de protection contre les exagérations de l'autonomie des volontés. On comprend ainsi que le contrat de mariage qui relève de l'autonomie de la volonté survive au mariage dans l'intérêt des tiers, de même qu'*inter partes* la rupture soit rétroactivement reportée au jour de la demande ».

a d'ailleurs précisé que la rétroactivité entre époux ne concernait que les biens.

D'après cette distinction, la communauté est réputée dissoute entre époux au jour de la demande en justice, c'est-à-dire, au jour où, après un essai infructueux de conciliation, l'époux défendeur a reçu signification de l'assignation à comparaître devant le tribunal (8). Le jour de la notification de la citation en conciliation n'est pas retenu par la Cour Suprême (9). La communauté cesse dès lors de s'accroître des biens advenus aux époux en cours d'instance et qui seraient tombés en communauté, et des revenus des biens propres. Mais aux yeux des tiers, la communauté continue, les créanciers de la communauté qui ont traité avec le mari ont le droit de saisir les meubles acquis par la femme à titre gratuit jusqu'au jour de la transcription. Ces biens sont propres dans les rapports entre époux, communs dans les rapports avec les tiers. D'autre part, tous les actes de disposition du mari sur les biens communs, en tant qu'ils ne sont pas entachés d'un caractère frauduleux (art. 243 C. civ.), conservent leur plein effet. Cette distinction des parties et des tiers aboutit à un résultat peu satisfaisant, elle est pleine de dangers pour la femme qui n'a contre son mari qu'une action en responsabilité personnelle, souvent insuffisante à sa protection.

A s'en tenir à une interprétation littérale de l'article 252 *in fine*, la dissolution de la communauté, après le prononcé du jugement de divorce, ne se produit à l'égard des tiers qu'à dater de la transcription. Des auteurs modernes (10) ont judicieusement remarqué que cette solution s'imposait avant la loi du

(8) Civ., 27 mai 1921, D.P. 1923, 1, 65, note ROUAST; 17 nov. 1924, S. 1925, 1, 113; Rappr. 31 décembre 1928, D.H. 1929, 84. BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUVÉAU et CHÉNEAUX : *Des Personnes*, t. III, n° 244. PLANIOL, RIPERT et ROUAST : t. II, p. 514.

(9) MM. AUBRY et RAU : VII, § 480, texte et note 2°; PLANIOL, RIPERT et NAST : IX, n° 682; NAST : *Rev. Crit.*, 1924, p. 562, retiennent la date de la notification de la citation en conciliation et décident que les successions mobilières échues aux époux sont dès lors exclues de la communauté.

(10) ROUAST : Note D.P. 1924, 2, 113 précitée; PLANIOL, RIPERT et ROUAST : t. II, n° 619; PLANIOL, RIPERT et NAST : t. IX, n° 681.

26 juin 1919, car la transcription était alors plus qu'une mesure de publicité, elle réalisait véritablement le divorce. Avec la nouvelle loi, la transcription n'est plus qu'une mesure édictée en faveur des tiers pour les prévenir du divorce : Le défaut de transcription peut être invoqué par eux, mais les époux ne sauraient le leur opposer (11). Pratiquement les tiers auront, suivant leur intérêt, le droit de considérer la communauté comme dissoute au jour où le jugement ou l'arrêt de divorce est devenu définitif, ou seulement au jour de la transcription. Il faut éviter que la mesure de faveur édictée par la loi puisse se retourner contre eux. Ainsi les tiers qui ont traité avec le mari entre le jugement prononçant le divorce et la transcription ont intérêt à se prévaloir, aux termes de l'article 252 *in fine*, de la persistance de la communauté jusqu'à la transcription. Les pouvoirs exorbitants du mari subsistent et ils ont action sur tous les biens communs. Au contraire, et c'est là l'intérêt de la discussion, ceux qui ont traité avec la femme entre le jugement et la transcription ont intérêt de considérer la communauté comme dissoute au jour du jugement ou de l'arrêt : La femme aura recouvré sa capacité, et le mari, dont les pouvoirs exorbitants ont pris fin, ne pourra plus dissiper le patrimoine commun. En cas de conflit entre des tiers qui se prévaudraient du défaut de transcription et d'autres qui renonceraient à s'en prévaloir, il semble conforme au texte de la loi de donner la préférence à ceux qui invoquent la persistance des pouvoirs du mari jusqu'au jour de la transcription. La jurisprudence à venir ne peut manquer de retenir cette distinction utile. En adoptant indistinctement la date de la transcription pour la dissolution de la communauté à l'égard des tiers, on risque de servir les intérêts du mari, ce qui n'est pas dans l'esprit de la loi.

On peut ainsi parler d'un triple instant des effets du divorce, pour ce qui a trait aux rapports pécuniaires des époux entre eux et des époux avec les tiers. L'indivision naît entre époux au jour de la demande, à l'égard des tiers au jour de la transcription, et

(11) Sur l'impossibilité pour les époux d'exciper du défaut de transcription, voir Paris, 19 octobre 1927, *Gaz. Pal.*, 1927, 2, 872.

lorsqu'ils ont intérêt à ne pas se prévaloir de la persistance des pouvoirs du mari jusqu'à la transcription et en l'absence de tout conflit, au jour du jugement ou de l'arrêt de divorce devenu définitif.

§ II. — LES SUJETS DE DROITS ET L'ÉTENDUE DE L'INDIVISION

L'indivision substituée à la communauté conjugale a pour sujet de droits les époux eux-mêmes ou leurs représentants. Au cas de dissolution par le décès d'un époux — c'est là le mode normal et le plus fréquent — l'indivision naît entre le conjoint survivant et les héritiers de l'époux prédécédé ou ses légataires. Les légataires à titre particulier ne peuvent être remplis immédiatement de leur legs, la disposition de l'article 1423 Code civil implique que le partage doit nécessairement précéder la délivrance de ces legs, il faut que l'effet légué tombe au lot de l'époux qui en a disposé pour que le légataire le réclame en nature. Le personnel des indivisaires peut être appelé à se modifier ; ces modifications revêtent soit un caractère purement successoral et elles opèrent rétroactivement : L'article 1475 Code civil prévoit qu'au cas de prédécès de la femme, lorsque parmi ses héritiers les uns acceptent la communauté et d'autres la répudient, la part des renonçants accroît au mari ⁽¹²⁾. La déclaration d'indignité, la rescision de l'acceptation de l'un des héritiers, la découverte d'un testament modifient rétroactivement le nombre des ayants droit. D'autres variations résultent des cessions de quote-parts et elles opèrent sans rétroactivité. Au cas d'absence, il y a indivision entre le conjoint présent et les héritiers présomptifs de l'absent ou les bénéficiaires de libéralités (art. 123 C. civ.), qui seront envoyés en possession provisoire. Au cas d'annulation de mariage, elle existe entre les pseudo-époux, après divorce entre les anciens époux, après séparation de corps ou de biens entre les époux eux-mêmes ou leurs héritiers, si les conjoints viennent à décéder avant d'avoir fait valoir leurs droits.

(12) Cf. PLANIOL, RIPERT et NAST : IX, n° 853.

La masse commune indivise comprend l'ensemble des éléments de la communauté ; l'étendue de l'indivision est toutefois fonction des causes de dissolution.

Au cas de décès et d'absence d'un époux, l'indivision post-communautaire n'apparaît pas à l'état pur ; la situation se complique du fait qu'il y a souvent deux indivisions : l'indivision comprenant les biens communs et celle qui porte sur les biens propres de l'époux décédé ou absent. Cette seconde indivision ne comprend que les héritiers ou les envoyés en possession provisoire, lorsque le défunt n'a fait aucun avantage en pleine propriété à son conjoint survivant. Sur ces biens propres, le conjoint n'a que le droit d'usufruit légal que lui attribue l'article 767 Code civil (modifié par la loi du 3 décembre 1930). Par suite de libéralités entre vifs ou testamentaires, ce droit d'usufruit peut être de moitié. Mais entre usufruitiers et nuspropriétaires, titulaires de droits réels distincts, il n'y a pas d'indivision. L'indivision implique l'existence de droits concurrents de même nature, elle ne peut se concevoir qu'entre personnes ayant un même droit, entre copropriétaires, entre nuspropriétaires ou entre usufruitiers. Le fait qu'usufruitiers et nuspropriétaires ont des droits enchevêtrés sur une même succession ne doit pas se traduire par une confusion : il y a toujours lieu de considérer deux indivisions distinctes, relativement à la partie démembrée de la propriété qui appartient à plusieurs titulaires (13).

Il arrive souvent que l'époux décédé a donné entre vifs ou légué au conjoint survivant, dans la limite prévue par l'article 1094, modifié par la loi du 3 décembre 1930 (14), une part en

(13) Ce dédoublement des indivisions entre nus propriétaires et usufruitiers demeure souvent théorique. On ne peut pratiquement empêcher de graves conflits entre ces divers ayants-droit, bien qu'ils ne soient pas indivision. Voir : VIALLETON : *Le droit au partage des usufruitiers et nus propriétaires par indivis*, *Rev. Trim.*, 1925, p. 261 et s. Angers, 17 mai 1926, *Gaz. Pal.*, 7 octobre 1926, *Comment.* : SAVATIER, *Rev. Trim.*, 1926, p. 1080 ; VIALLETON, *Rev. Crit.*, 1928, p. 16. Nîmes, 7 mai 1928, *Gaz. Trib.*, 30 août 1928, *Comment.* : SAVATIER, *Rev. Trim.*, 1928, p. 957. Aix, 22 octobre 1929, *Sem. Jurid.*, 1929, p. 1389, *Comment.* : SAVATIER, *Rev. Trim.*, 1930, p. 164.

(14) En donnant à l'ascendant une réserve en usufruit, cette loi supprime l'indivision proprement dite entre le conjoint survivant et l'ascendant.

pleine propriété. L'époux survivant est alors en indivision avec les héritiers, il participe à la fois à l'indivision des biens de communauté et à l'indivision héréditaire. Cette seconde indivision ne rentre pas dans le cadre de cette étude, d'ailleurs ces deux indivisions forment, juridiquement, des universalités distinctes, la jurisprudence les distingue nettement. « L'indivision résultant de la dissolution de la communauté est distincte de celle qui porte sur les biens propres de l'époux décédé et doit donner lieu à un partage séparé. L'une puise son origine dans le contrat de mariage des époux, l'autre dans l'hérédité du conjoint ; la première a pour objet la propriété des biens de la communauté et pour communistes l'époux survivant et les héritiers de l'époux décédé, l'objet de la seconde porte sur les biens propres du défunt dont les héritiers sont seuls communistes » (15). La Chambre civile de la Cour de Cassation a marqué, elle aussi, l'autonomie de l'indivision consécutive à la dissolution de la communauté. Dans le partage d'une succession, on doit d'abord établir l'actif et le passif de la masse de communauté, afin d'attribuer, s'il y a lieu, à la succession la part qui lui revient dans la communauté. La part de l'époux décédé dans la masse commune est un élément actif de sa succession (16).

Il faut cependant observer qu'en pratique la masse commune indivise, les biens propres de l'époux décédé et les biens propres du conjoint survivant forment une seule masse de biens confondus entre les mains de l'auteur survivant. Cette confusion de fait de trois patrimoines distincts dure aussi longtemps qu'il n'est pas procédé au partage ; elle n'empêche pas que ces diverses catégories de biens forment juridiquement des patrimoines séparés. La communauté dissoute conserve son caractère de patrimoine autonome, mais, à la différence de la communauté, elle est régie selon le droit commun de l'indivision et cesse de s'accroître par l'effet de nouveaux apports.

Après annulation de leur mariage prononcée en justice, les

(15) Nancy, 3 février 1897, D.P. 1898, 2, 498.

(16) Civ. 25 juillet 1923, D.P. 1926, 1, 153, Note NAST ; Comment. SAVATIER, *Rev. Trim.*, 1923, p. 1001 ; Comment. NAST, *Rev. Crit.*, 1928, p. 139.

époux peuvent ne pas procéder à la liquidation de leurs rapports pécuniaires et laisser en commun la masse indivise, ils deviennent des concubins en état d'indivision. Le mariage était-il valable comme putatif, à la communauté dissoute est substituée une indivision qui comprend tous les éléments de cette communauté. En l'absence de mariage putatif, il n'y a jamais eu de communauté ; il y a alors lieu de se demander si l'on est en présence d'une simple « communauté d'intérêts » ou d'une « société de fait » (17). Dans le premier cas, l'indivision ne s'étend pas à l'ensemble des biens qui auraient composé la communauté si le mariage avait été valable. Chaque époux est resté propriétaire des biens qu'il a apportés et qui n'ont pu devenir communs. L'indivision ne porte que sur ce qui eût composé le patrimoine commun en dehors des apports, soit les bénéfices et les dépenses résultant de la vie en commun. L'existence commune a déterminé la formation d'une masse de biens indivis, d'une « communauté d'intérêts » que le juge, à défaut de règlement amiable entre les intéressés, répartira équitablement entre eux de manière à éviter tout enrichissement injuste. La jurisprudence est allée plus loin et a reconnu à cette indivision entre pseudo-époux le caractère d'une véritable société de fait (18). La mise en commun d'apports, l'intention de s'associer, la participation aux bénéfices et aux pertes réalisent les conditions requises pour l'existence de la société. Il y a, en pareil cas, société civile universelle de gains (art. 1838-1839 C. civ.). Les apports mobiliers, les biens acquis grâce à l'industrie de chacun figurent dans la société. Les immeubles personnels ou acquis de deniers personnels n'entrent en société que pour la jouissance seulement. La liquidation des droits de chacun se fera sur les bases de cette société de fait (19).

(17) Sur cette distinction, voir : HÉMARD : *Théorie et pratique des nullités de Sociétés et des Sociétés de fait*, 2^e éd., Paris, 1926, n^{os} 10, 124 et 125. L. MAZEAUD : *De la liquidation des sociétés entre époux*, Rev. Crit., 1928, p. 298 et s.

(18) HÉMARD, *op. cit.*, n^o 171. Cf. Req., 12 nov. 1907, D.P. 1908, 1, 63 ; S. 1909, 1, 268.

Voir cependant : CAPITANT : *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux*, Revue Critique, 1929, n^o 7, note 12.

(19) Cf. sur ce point HÉMARD, *op. cit.*, n^o 574. Les apports tombés en société sont devenus la propriété de cette société de fait.

Une difficulté se présente lorsqu'il faut déterminer l'étendue de l'indivision au cas d'annulation de mariage pour bigamie, les deux conjoints de l'époux bigame étant mariés en communauté et le second de bonne foi demandant l'exécution des conventions matrimoniales. Si ce conjoint n'optait pas pour la communauté, la liquidation se ferait sur les bases d'une simple société de fait. En exigeant l'exécution des conventions matrimoniales, il rend la situation plus complexe. On ne peut lui attribuer la moitié de la communauté, d'après sa composition au jour de l'annulation du mariage, ce serait méconnaître les droits du premier conjoint que l'époux bigame a apportés à la seconde communauté. Les auteurs ⁽²⁰⁾ préconisent une solution d'équité, en attribuant au premier conjoint, pour qui la communauté a continué d'exister jusqu'à l'annulation et aux yeux de qui la seconde communauté n'est qu'une société de fait, la moitié de la communauté au jour de sa dissolution, déduction faite des apports du second conjoint et d'une part proportionnelle à ces apports dans les acquêts réalisés depuis le second mariage. Corrélativement le second conjoint, conjoint putatif, prendra la moitié de la communauté au jour de la dissolution, sous déduction des droits du premier conjoint. Jusqu'au partage, l'indivision subsiste entre les trois intéressés.

Au cas de divorce, de séparation de corps ou de biens, l'indivision porte sur l'ensemble des biens communs. Elle apparaît avec plus de netteté qu'au cas de dissolution de la communauté par le décès d'un époux, elle ne se complique pas d'une indivision héréditaire. Il est rare qu'elle se prolonge longtemps, les intéressés procèdent rapidement à la liquidation des biens et au partage.

La femme séparée de biens renonce souvent à la communauté et cette renonciation entraîne une disparition rétroactive de l'indivision. Lorsqu'elle accepte, l'indivision est de courte durée. L'article 1444 Code civil, modifié par la loi du 14 juillet 1929 ⁽²¹⁾, prescrit, en effet, que la séparation prononcée en justice soit

(20) PLANIOL, RIPERT et NAST : IX, n° 685.

(21) Cf. Lois nouvelles 1929, 3^e partie, p. 493, D.P. 1929, 4, 342.

exécutée par le paiement réel des droits et reprises de la femme, ou tout au moins par des poursuites commencées dans un délai de trente jours et non interrompues depuis lors. La loi a redouté une collusion fréquente entre époux, le mari donnant à sa femme certaines valeurs pour frustrer les créanciers et présentant l'opération comme le paiement des reprises de celle-ci. L'exécution rapide du jugement est pour les créanciers une garantie de la sincérité de l'action intentée par la femme.

La mésentente et l'antagonisme d'intérêts des époux divorcés ou séparés de corps les conduit à liquider au plus vite leurs rapports pécuniaires (22). Bien que cette indivision soit de courte durée, les tribunaux ont souvent à trancher les litiges qu'elle soulève : la difficulté d'arrangements amiables et la fréquence actuelle du divorce expliquent cette intervention judiciaire. La rétroactivité de la dissolution au jour de la demande en justice ne permet pas aux époux de liquider leurs intérêts communs au cours de l'instance (23). Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose à ces règlements anticipés. La liquidation et le partage de la masse indivise qui interviendrait avant le prononcé du jugement pourrait être imposé par l'un des époux à l'autre, couvrir un marchandage ou dissimuler un divorce par consentement mutuel. On évite tous ces inconvénients en appliquant l'article 1395 Code civil jusqu'au jour de la publication du jugement de séparation de corps ou de la transcription du divorce.

(22) La réconciliation des époux séparés de corps laisse subsister l'indivision aussi longtemps que la communauté n'est pas rétablie entre époux par la rédaction d'un acte notarié (art. 1451 C. civ.) et à l'égard des tiers par la publicité de l'article 1445 du Code civil. Cf. Trib. Civ. St-Nazaire, 3 mai 1929, S. 1929, 2, 119. PLANIOL, RIPERT et NAST : IX, n^{os} 690, 729 et s.

(23) Req. 6 avril 1903, S. 1904-1-505, note NAQUET ; Civ. 3 nov. 1924, D.P. 1925, 1, 137, note SAVATIER ; Paris, 2 mars 1925, D.P. 1926, 2, 13, note NAST et comment. GAUDEMET, *Rev. Trim.*, 1925, p. 889 ; Aix, 24 octobre 1928, *Gaz Trib.*, 10-12 février 1928 ; Trib. Civ. Chartres, 25 avril 1929, *Gaz. Pal.*, 1929 2, 73 ; PLANIOL, RIPERT et NAST : IX, n^o 683.

SECTION II. — Nature juridique de l'indivision

Le jour où se dissout la communauté, un état de fait est substitué au régime matrimonial organisé par la loi. Les époux ou leurs représentants se trouvent en état d'indivision par le seul fait qui a emporté la dissolution.

Au dynamisme constant qui caractérisait la masse commune pendant le cours de la communauté s'oppose l'état statique d'une masse indivise désormais figée, qui ne s'accroît plus que d'apports internes et échappe à l'emprise prédominante du mari. Pour mieux accuser le contraste entre cette indivision de droit commun et la nature de la communauté, il importe de souligner les traits caractéristiques de cette institution.

§ I. — LES TRAITS ORIGINAUX DE LA COMMUNAUTÉ DE BIENS ENTRE ÉPOUX

Il ne nous appartient pas de reprendre ici les multiples explications mises en avant, depuis un siècle, pour la définition délicate de la nature juridique de la communauté ⁽²⁴⁾. Qu'il nous suffise d'éliminer les systèmes qui n'ont pas trouvé faveur auprès de la jurisprudence et de la majorité de la doctrine. La thèse qui faisait de la communauté la chose du mari ⁽²⁵⁾ est en contradiction évidente avec le mouvement de législation contemporaine qui tend de plus en plus à accorder à la femme certains pouvoirs sur les biens communs. Celle qui voulait en faire une personne morale, s'interposant entre les époux et qui serait titulaire des droits communs ⁽²⁶⁾, a été condamnée par la Cour de Cassation (Civ., 18 avril 1860, D. P., 1860, 1, 185 ; S., 1860, 1, 305, Note Massé). L'application à la communauté de la notion

(24) Cf. à ce sujet : BONNECASE : *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil de Baudry-Lacan. inérie*, t. IV, n° 189 à 207.

(25) TOULLIER : t. XII, n° 80.

(26) TROPLONG : I, n° 306 et s. ; PROUD'HON : *Usufruit*, I, n° 356 ; BOISTEL : *Philosophie du Droit*, II, p. 87.

de copropriété en main commune (27), malgré certaines ressemblances dues à l'absence de quote-parts dans les deux institutions, n'est, en général, pas retenue. L'idée d'une société existant entre les conjoints se défend difficilement, en présence des pouvoirs exorbitants du mari, du mode de partage des biens et des droits accordés à la femme à la dissolution. L'*affectio conjugalis* ne doit pas être confondu avec l'*affectio societatis*. La suggestion récente, enfin, qui préconise l'idée d'une société civile dotée d'une personnalité morale atténuée (28) sera difficilement retenue, la demi-personnalité ressemble trop à l'attribution de la personnalité écartée par la Cour suprême. Après cet examen négatif, il semble plus simple de s'en tenir à l'opinion courante qui voit dans la communauté une forme d'indivision organisée par la loi suivant un régime particulier (29). La jurisprudence se rallie à cette opinion dominante, elle décide que la communauté est une « masse patrimoniale dont les époux sont copropriétaires avec le mari comme chef, les biens qui la composent devenant indivis entre les conjoints et tombant dans le fonds commun (30). Cette solution, à laquelle les auteurs et la jurisprudence aboutissent en quelque sorte par voie de négation, ne traduit pas la situation exacte. Il faut établir que la communauté est une forme originale d'indivision ne rentrant dans aucun moule déterminé, et qu'elle constitue une universalité juridique affectée à l'intérêt commun des conjoints, destinée à être partagée entre eux à sa dissolution.

a) A la différence de l'indivision de droit commun, la communauté de biens entre époux est une indivision sans quote-parts. Elle constitue un état fortement organisé où les parts des conjoints sont en fait et en droit confondues. La part de chacun ne figure pas dans son patrimoine personnel en tant que valeur active. Le mari ne pourrait, malgré ses pouvoirs tout puissants,

(27) MASSE : Thèse Paris, 1902, précitée ; JOSSERAND : *Essai sur la propriété collective*, Livre du Centenaire du Code civil, t. I, p. 370 et s.; *Cours de droit civil positif*, t. II et III, *passim*; RICOL : Thèse Toulouse, 1907,

(28) BONNECASE, *op. cit.*, n° 270.

(29) CAPITANT : *Rev. Crit.*, 1929, *loc. cit.*, note 8.

(30) Lyon, 15 juillet 1926, D.P. 1927, 2, 129, note NAST.

aliéner ses droits indivis sur la masse en cédant sa part à un tiers qu'il introduirait dans l'organisation conjugale. Cette part serait d'ailleurs difficile à déterminer, puisque chaque jour le patrimoine commun subit des fluctuations. Le mari ne pourrait hypothéquer sa part, ainsi envisagée, dans les immeubles de communauté. Quant à la femme qui ne participe pas à l'administration, il est impossible de lui reconnaître un tel droit de disposition. L'article 1423 du Code civil, qui permet aux époux de disposer par testament de leur part dans la communauté, ne peut être invoqué en faveur de l'idée de quote-part, les époux ne disposent par testament que de la part qui leur reviendra dans la communauté une fois dissoute, c'est-à-dire de leur part indivise à la dissolution. Tant que la communauté subsiste, ces parts sont confondues et non juxtaposées.

b) La communauté est une indivision dont la loi fixe par avance la durée. Fondée sur une idée de collaboration des époux et d'affectation des biens à un but commun, elle ne peut prendre fin en dehors des hypothèses limitativement prévues par la loi. Le principe de l'article 1443 du Code civil, d'après lequel toute séparation volontaire est nulle, s'oppose diamétralement à celui de l'article 815 du Code civil : nul n'est tenu de rester dans l'indivision. La communauté doit en principe durer autant que le mariage dont elle est l'accessoire. Le partage est établi sur la base des biens qui existent à la dissolution et non à un moment quelconque de la communauté.

c) La communauté consacre la toute puissance du mari. Seigneur et maître des biens communs, ce dernier jouit de pouvoirs exorbitants du droit commun ; il agit vis-à-vis des tiers, comme s'il en était le propriétaire exclusif, il peut les aliéner ou les hypothéquer sans en référer à sa femme. Les pouvoirs absolus s'étendent non seulement à la quotité à laquelle il pourrait prétendre comme copropriétaire, mais à l'ensemble du patrimoine commun, à la part de la femme comme à la sienne. La femme lui donne un véritable blanc-seing au début du mariage ; en revanche, elle bénéficie de certaines mesures de protection légale, avec le droit qui lui est reconnu de demander la sépara-

tion de biens, de n'être tenue des dettes qu'à concurrence de son émolument et de renoncer à la communauté ; elle a en outre son hypothèque légale qui porte sur les immeubles propres du mari et sur les immeubles communs.

d) A raison des pouvoirs exorbitants du mari, les **biens communs** sont confondus avec ses biens propres pour former le gage indivisible des créanciers communs et de ses créanciers personnels. La règle de l'article 2205 du Code civil, qui interdit aux créanciers personnels d'un indivisaire de saisir avant le partage la part indivise de leur débiteur, est ici en défaut. Au regard de la femme, la communauté forme un patrimoine à part, les créanciers avec qui elle a contracté au cours du mariage sans l'autorisation de son mari ne peuvent saisir les biens communs ou opposer leurs créances en compensation de dettes dont ils seraient redevables envers la communauté.

Il résulte de cet aperçu rapide que la communauté est une indivision organisée par la loi en dehors des règles normales de l'indivision, en vue de compléter l'union des personnes par l'association des biens. Les biens communs doivent servir, avant les intérêts particuliers des conjoints, ceux de l'association conjugale. D'où cette idée essentielle que la communauté forme un patrimoine autonome distinct du patrimoine propre de chaque époux, et les conséquences qui en découlent : Seules les dettes communes seront en dernière analyse à la charge du patrimoine commun ; les dettes propres doivent être supportées par les patrimoines propres. La communauté est créancière à sa dissolution lorsqu'elle a payé de ses deniers une dette propre, elle est débitrice lorsqu'une dette commune a été payée avec des deniers propres. D'autre part, dans cette universalité juridique, la subrogation réelle joue, les valeurs communes acquises en remplacement de valeurs communes aliénées deviennent à leur tour communes. La présomption légale de communauté assure cette substitution automatique.

Il semble ainsi que le Code et la jurisprudence acceptent l'idée d'un « patrimoine appartenant collectivement aux deux époux, sans qu'il soit possible avant la dissolution de déterminer la

quote-part de l'un et de l'autre ⁽³¹⁾ ». Si ce patrimoine est en fait confondu avec les biens personnels du mari, il n'en demeure pas moins distinct du patrimoine propre des conjoints. Les rapports juridiques qui se sont établis entre ces trois patrimoines se règlent après la dissolution, par des procédés qui supposent « une véritable individualité de la communauté ».

§ II. — NATURE JURIDIQUE DE L'INDIVISION

Avec l'indivision naît un état nouveau : La confusion du patrimoine commun avec les biens du mari se dissipe, le mari qui réunissait entre ses mains l'ensemble des biens communs n'est plus qu'un indivisaire de moitié de ces biens. La masse des biens communs apparaît nettement dégagée de son emprise, mais elle est dépourvue de toute organisation. Chaque indivisaire est titulaire d'une quote-part qui forme une valeur active dans son patrimoine. Il peut, pour servir ses intérêts personnels, demander un partage immédiat. Les prétentions concurrentes de chaque époux sont désormais égales. Le *jus prohibendi* de tout indivisaire peut mettre en échec la volonté d'action des autres ayants droit.

A. — L'indivision s'analyse en un ensemble de quote-parts juxtaposées. Chaque indivisaire a sur l'ensemble des biens en indivision une part qui varie suivant le nombre et la vocation des ayants droit. La notion de quote-part traduit, d'une façon forfaitaire, la mesure suivant laquelle chacun concourt avec les autres indivisaires sur l'ensemble de la masse ou les éléments qui la composent ⁽³²⁾. Elle s'exprime par un rapport numérique, elle est de moitié, du tiers, du quart ou du sixième. Mais cette

(31) PLANIOL, RIPERT et NAST : VIII, n° 158.

(32) La quote-part dans une indivision porte sur la masse globale des biens en indivision. Sur les éléments particuliers de la masse, envisagés *ut singuli*, la part de chacun se traduit aussi par le même rapport numérique. Mais cette quote-part sur un élément d'une masse ne doit pas être confondue avec la quote-part sur un bien objet de copropriété : sur ce dernier, le droit du copropriétaire est certain et actuel ; sur un bien compris dans une masse, le droit de l'indivisaire est purement éventuel.

quote-part est purement idéale, et indéterminée, elle ne se matérialisera qu'au moment du partage par l'allotissement attribué à son titulaire

La notion le quote-part nous vient directement de la tradition classique, issue du Droit romain ⁽³³⁾. La doctrine classique, en effet, pose la distinction suivante : Ou bien, la structure même des valeurs indivises permet une immédiate répartition dans le patrimoine des divers ayants droit. *Nomina erecta sunt*, disaient les XII tables. La chose objet du droit se divisant, le droit se divise lui aussi. C'est d'après ce principe que l'article 1220 du Code civil pose la règle de la division automatique des créances au décès du créancier. Les créances se divisent de plein droit par l'effet d'une simple opération arithmétique, il y a alors autant de créances que d'héritiers, chacun n'a pas une quote-part dans la créance, mais une créance autonome et distincte. Mais tous les éléments à partager ne sont pas susceptibles d'une telle division matérielle, il en est qui sont indivisibles de leur nature. La part de chacun ne peut porter sur un corps certain, elle est purement idéale ou abstraite. Pour définir cette quote-part idéale, les auteurs ont souvent fait appel à la notion du droit de propriété : Pour les uns ⁽³⁴⁾, il y aurait division idéale de chaque chose objet de copropriété et chaque ayant droit serait propriétaire d'une fraction de cette chose. Pour d'autres auteurs plus nombreux ⁽³⁵⁾, ce serait le droit de propriété lui-même qui se fractionnerait entre les divers intéressés, le corps de la chose restant indivis. Ainsi chaque indivisaire a un droit propre qui porte sur l'ensemble et non sur une portion déterminée de la chose commune.

Ces conceptions se défendent difficilement : On ne peut admettre l'existence d'un droit de propriété dont l'objet n'est pas déterminé *in specie* et qui flotte sur un ensemble d'éléments, ou sur des éléments divisés d'une façon idéale. Le droit de pro-

(33) Cf. SIESSE, *op. cit.*, p. 17 et s.

(34) AUBRY et RAU : t. II, § 221.

(35) PLANIOL, RIPERT et PICARD : t. III, n° 286; PLANIOL et RIPERT : Traité élémentaire de droit civil, 11^e éd., t. I, n° 2497.

priété ne peut porter que sur des corps certains. Un tel dédoublement du droit et de son objet ne peut s'appliquer au droit de propriété « qui s'incorpore à son objet au point de ne faire qu'un avec lui et de se matérialiser ainsi profondément » (36). On ne peut dire, non plus, que le droit lui-même se fractionne, « il y aurait alors une série de droits distincts et non un droit collectif » (37); une telle division impliquerait, en outre, le concours de plusieurs droits distincts de propriété sur une seule et même chose. Il faut renoncer à définir la quote-part par la notion du droit de propriété.

Des auteurs modernes (38) ont préféré analyser la quote-part d'après son contenu et les avantages économiques qu'elle implique : le droit à une part de fruits, le droit à l'usage de la chose, et le droit de demander le partage pour y recevoir un lot. Ils ont conclu que la quote-part consiste dans le pouvoir de participer à l'exercice et à la jouissance du droit ou des droits indivis et de demander le partage de ces droits. « Avant le partage, la division s'applique non pas au droit de propriété, mais à la valeur économique de cette propriété, en ce sens que chacun des copropriétaires possède dans son patrimoine propre un droit actuel qui lui assure une fraction de cette valeur » (39). L'erreur des partisans de la division du droit provient d'une considération trop exclusive du partage ; on a transporté sur la cause, ce qui n'est vrai que des effets, remarque M. Van Biervliet, et appliqué au droit de co-propriété qui demeure un droit collectif, s'exerçant par le concours des volontés réunies des indivisaires, une division qui n'est applicable qu'aux avantages économiques dérivant de l'exercice de ce droit.

Du fait que cette quote-part permet de participer à l'exercice et la jouissance des droits indivis et d'exiger, lors du partage, une part proportionnelle du produit de la liquidation, « elle a

(36) JOSSEERAND, *loc. cit.*, Livre du Centenaire du Code Civil, I, p. 373.

(37) CAPITANT : *Rev. Crit.*, 1929, *loc. cit.*, note 6.

(38) VAN BIERVLIET : *Cours de droit civil*, t. II, n° 256 et s. Rapp. CAPITANT : *Rev. Crit.*, 1929, *loc. cit.*, n° 3, note 6 précitée ; SIESSE, *op. cit.*, p. 147 et s.; IONASCO : *La copropriété d'un bien*, Thèse Paris, 1930.

(39) VAN BIERVLIET, *op. cit.*, n° 260.

suffisamment de réalité pour posséder une existence autonome » (40). On comprend ainsi qu'elle figure dans le patrimoine personnel de son titulaire, qu'elle puisse être cédée à un tiers (41) qui prendra dans le groupe des indivisaires la place du cédant, qu'elle puisse être donnée en gage ou hypothéquée dans la mesure où elle contient des immeubles susceptibles d'hypothèques.

Cette définition de la quote-part est d'ailleurs conforme à l'opinion jurisprudentielle. A plusieurs reprises, la Cour de Cassation a affirmé que les droits des indivisaires restent incertains à défaut d'une liquidation qui en ait reconnu l'existence et fixé l'étendue (42). Jusqu'au partage, la quote-part plane sur l'ensemble de la masse indivise, on ne connaît l'étendue exacte des droits des indivisaires et les biens sur lesquels ils portent.

B. — Dérivant d'un événement qui l'impose, et par suite indépendante de la volonté des indivisaires, l'indivision n'est qu'un état transitoire, une période d'attente qui porte en elle le germe de sa propre fin. « Nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibitions et conventions contraires ». Ce principe posé par l'article 815 du Code civil semble appeler un partage rapide. La masse indivise n'étant plus sujette à de constantes variations a une consistance déterminée. Le partage ne fait que matérialiser les droits de chacun sur cette masse en scindant les droits collectifs en droits individuels.

C. — L'indivision se caractérise enfin par le *jus prohibendi* ou droit de veto de tout indivisaire. Tout acte de disposition,

(40) SIESSE, *op. cit.*, p. 148.

(41) La cession de quote-part consentie à un tiers sera, soit une cession intégrale des droits du cédant dans la masse, soit une cession partielle, cantonnée sur un élément déterminé. Cette dernière cession est essentiellement aléatoire.

Le Code civil allemand (art. 2033 B.G.B.) ne connaît que la quote-part sur l'ensemble de l'hérédité. La cession qui en est consentie a pour seul effet de modifier le personnel des ayants-droit.

(42) Req., 13 janvier 1909, D.P. 1911, 1, 436 ; S. 1911, 1, 441 ; note NAQUET ; Civ., 25 juillet 1923, D.P. 1926, 1, 153, note NAST précitée. Cette définition de la quote-part permet de comprendre dans la masse indivise les valeurs incorporelles, telles les créances. Elle cadre avec la conception de l'indivision envisagée comme une masse autonome.

d'administration portant sur la chose indivise n'est pas valable sans un consentement unanime. Les droits concurrents de chacun se paralysent à défaut d'accord.

Ces traits caractéristiques de l'indivision, division des créances, notion abstraite de quote-part, *jus prohibendi* de chaque ayant droit sont un héritage du droit romain et de la tradition classique. Ils contribuent à faire de l'indivision un régime nécessairement anarchique et précaire, à fondement individualiste, « où chaque part vit de sa vie propre et se meut dans le patrimoine de son titulaire avec les autres éléments dont il se compose » (43).

Il nous appartiendra d'établir que la jurisprudence accuse aujourd'hui une tendance très nette vers une conception plus stable de l'indivision et qu'elle est parvenue dans une large mesure à organiser cet état chaotique. Elle a perfectionné l'indivision en en faisant une véritable masse jouissant d'une certaine autonomie, un patrimoine indivis qui conserve jusqu'au partage accompli une individualité propre ; cette autonomie l'isole des patrimoines personnels de ses ayants droit. Jusqu'au partage, les droits de chaque indivisaire sur les éléments de la masse, y compris les créances, demeurent indéterminés. En venant préciser la part divise de chacun, le partage fixe rétroactivement la propriété sur la tête de son titulaire. Cette règle de l'effet déclaratif est essentielle dans l'indivision envisagée comme une masse.

Cette conception d'une masse patrimoniale autonome, très nette en ce qui concerne l'indivision héréditaire, l'est encore davantage pour l'indivision qui suit la dissolution de la communauté. Nous le démontrerons tout au long de cette étude.

(43) JOSSE RAND, *loc. cit.*, Livre du Centenaire, I, p. 373.

SECTION III. — Les éléments constitutifs
de la masse indivise au jour de la dissolution
de la communauté

Le fait que la communauté dissoute forme une masse indépendante du patrimoine personnel de chaque époux, permet de déterminer aisément la composition de la masse indivise à sa naissance. L'actif et le passif de la communauté, distinct de l'actif et du passif personnel des époux ou de leurs représentants, forment une masse à part, qui comprend tous les éléments de l'actif commun et, en contre-partie, toutes les dettes qui le grevaient. Mais cette masse, réserve faite des modifications dues à l'accroissement des fruits et à la subrogation réelle, ne comprend que ces éléments. Dès la dissolution, l'article 1401 du Code civil n'a plus à s'appliquer : Tous les apports nouveaux qui seraient normalement tombés en communauté restent propres à l'époux du chef duquel ils proviennent ou à sa succession. Fruits et revenus des biens propres sont attribués aux époux ou à leurs ayants droit. Le produit du travail reste propre aux conjoints. Les acquisitions nouvelles, en tant du moins qu'elles ont une **origine** externe à la masse, restent propres à l'époux acquéreur. Les sources de la masse indivise sont taries ; celle-ci désormais figée est séparée des patrimoines propres par une cloison étanche. Elle cesse d'être alimentée et de s'accroître par l'effet de nouveaux apports et d'être grevée de dettes nouvelles.

D'autre part, la présomption de communauté édictée par l'article 1402 du Code civil pour les immeubles et les meubles dans la communauté légale, et par l'article 1499 pour les meubles dans la communauté d'acquêts, est écartée dès la dissolution. « La présomption légale établie par l'article 1402 ne s'applique qu'à l'immeuble existant en la possession des époux au moment où la communauté s'est dissoute » (44). Elle ne peut s'appliquer à un immeuble qui serait prouvé avoir été acquis par l'un des con-

(44) Req., 16 février 1816, S. 1816, 1, 363.

jointes ou le survivant après dissolution de la communauté. Mais, jusqu'au jour de la dissolution, tout ce que les époux possèdent est présumé commun, à moins qu'ils ne prouvent la qualité de propre de tel ou tel bien. Les époux qui ne procèdent au partage que longtemps après la dissolution, doivent se réserver le moyen de faire cette preuve ; à défaut de cette démonstration, leurs propres seraient aussi réputés communs.

§ I. — L'ACTIF DE LA MASSE INDIVISE (45)

Il y a lieu de distinguer, parmi les éléments de l'actif de la masse indivise, ceux qui figurent réellement dans la masse commune et ceux qui, étant sortis de cette masse, doivent être recouvrés ; il s'agit là des biens frauduleusement aliénés au cours de la communauté et des immeubles dont le mari a indûment disposé contrairement à l'article 1422 du Code civil.

Tous les biens communs, immeubles, meubles corporels ou incorporels, existant au jour de la dissolution, deviennent indivis.

A. IMMEUBLES. — Aucune difficulté ne s'élève à leur sujet. Des immeubles acquis au cours du mariage (art. 1401-3°, 1404-2°, 1405 *in fine*) sont désormais indivis. Il importe de noter que la femme a pu, dès avant la dissolution (46), faire abandon à la communauté des parts immobilières indivises acquises par le mari dans un immeuble dont elle est copropriétaire (art. 1408-2°). L'abandon porte sur la totalité de l'immeuble, si le mari a acquis toutes les portions dont la femme n'était pas copropriétaire. Si le mari n'a acquis que certaines portions, l'abandon à la communauté ne porte que sur ces portions ; la femme ne peut

(45) La masse indivise, au jour de la dissolution, est celle qui figure dans la déclaration de succession de l'époux décédé. Il importe, pour déterminer la part de communauté qui revient à la succession de cet époux, de reconstituer la masse commune dans son ensemble.

(46) PLANIOL, RIPERT et NAST : VIII, n° 246, note 3. Cf. Trib. Civ. Espalion, 5 décembre 1923, S. 1924, 2, 105, note VIALLETON, et, sur appel, Montpellier, 20 janvier 1926, D.H. 1926, 187. Comment. NAST, *Rev. Crit.*, 1928, p. 135, note 15.

obliger la communauté à acquérir sa propre part (47). Les immeubles ameublís figurent dans la masse indivise en toute propriété (art. 1507-2°), si les époux l'ont ainsi décidé, ou en valeur seulement et jusqu'à concurrence de la somme convenue (art. 1507-3°) si les époux ont adopté ce mode d'ameublement. L'article 1509 réserve toutefois à l'auteur de l'ameublement la faculté de reprendre l'immeuble en le précomptant ou en en précomptant la valeur sur sa part.

B. MEUBLES CORPORELS. — Ces meubles constituent un élément essentiel de la masse indivise. En vertu de la distinction entre les fruits naturels qui s'acquièrent par la perception et les fruits civils qui s'acquièrent jour par jour, seuls les fruits naturels, perçus avant la dissolution, entrent dans la masse indivise. S'agit-il, au contraire, de fruits civils, intérêts, dividendes, arrérages, loyers ou fermages, échus après la dissolution, il faut procéder à une ventilation entre la communauté et l'époux propriétaire des propres ou ses héritiers. Seul le prorata au jour de la dissolution tombe dans la masse indivise (48), le surplus est propre.

Il y a lieu de rappeler ici la solution jurisprudentielle en matière de répartition des fonds de réserve des sociétés. Lorsqu'un époux marié sous la communauté d'acquêts possède en propre une part sociale ou des actions dans une société, la communauté, usufruitière des propres a-t-elle droit à la part de l'époux dans le fonds de réserve social, constitué par des prélèvements sur les bénéfices commerciaux ? La jurisprudence considère que le fonds de réserve fait partie du capital social ; les revenus capitalisés n'ont pas été détachés de l'actif social, ils se sont incorporés à ce capital, perdant le caractère de fruits pour former

(47) PLANIOL, RIPERT et NAST : VIII, n° 243, note 5.

(48) Ce prorata afférent à la période antérieure à la dissolution figure au compte « fonds ». Les revenus produits par la masse indivise au cours de l'indivision figurent au compte « fruits ». Cette distinction des fonds et des fruits est nécessaire, lorsque les biens à partager reviennent pour la nue propriété à un copartageant et pour l'usufruit à l'autre. Cf. PLANIOL, RIPERT et NAST : IX, n° 805, note 1 ; BAUDRY-LACANTINIERE, LE COURTOIS et SURVILLE : II, n° 1088 *bis*.

une épargne capitalisée qui appartient à la société (49). Cette épargne capitalisée peut être productive d'un intérêt fixé et payé conformément aux statuts. Cet intérêt profite en qualité de fruit à la communauté jusqu'au jour de la dissolution (50). Si ces réserves capitalisées viennent à être distribuées, les sommes attribuées à l'époux ne tombent en communauté qu'à charge de récompense; représentant une fraction du capital social, elles suivent le sort de l'actif social.

Il en va autrement, lorsque les réserves proviennent de bénéfices librement laissés ou réservés dans l'entreprise par l'époux associé; les bénéfices affectés aux réserves sociales ont alors été mis à la disposition de l'époux avant leur affectation, ils ont le caractère de fruits, la communauté qui en a été privée a droit à une récompense. D'autre part, si la répartition des fonds de réserve est faite à titre de dividende, pour remédier à l'absence ou suppléer à l'insuffisance des dividendes servis par la société, les réserves ainsi distribuées recouvrent le caractère de fruits et tombent en communauté; elles figurent dans la masse indivise à la dissolution.

Les meubles corporels peuvent comprendre les biens réservés de la femme qui exerce une profession distincte de celle de son mari. Aux termes de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1907, les produits du travail personnel de la femme et les économies en provenant font partie de la masse indivise, lorsque la femme accepte la communauté (51).

C. MEUBLES INCORPORELS. — C'est pour cette catégorie de meubles que se présentent, à la dissolution de la communauté, quelques points délicats. Il est utile de distinguer, parmi les élé-

(49) Cf. Civ., 5 février 1890, D.P. 1890, 1, 300; Req., 24 juin 1903, D.P. 1904, 1, 591; Montpellier, 19 octobre 1926, Gaz. Pal., 1927, 1, 90; *Journ. Soc.*, 1928, p. 25; *Rev. Soc.*, 1927, p. 151; Comment., NAST: *Rev. Crit.*, 1928, p. 145. Paris, 5 juin 1928, D.P. 1929, 2, 133; Rennes, 9 juin 1928, D.P. 1929, 2, 129, note NAST. Cf. CROIZAT: *La notion de fruits en droit privé et la notion de revenus en droit fiscal*, Thèse Lyon, 1926, p. 129 et s.; PLANIOL, RIPERT et NAST: VIII, n° 418.

(50) Cf. Montpellier, 19 octobre 1926, précité.

(51) Sur le caractère commun des biens réservés, voir PLANIOL, RIPERT et NAST: IX, n° 1361.

ments incorporels en indivision, les éléments à l'égard desquels les droits des indivisaires sont concurrents et égaux, tels les fonds de commerce et les créances, et ceux qui comportent un *intuitus personæ* si accusé qu'il est difficile de le concilier avec l'intérêt commun de l'autre époux : Les offices ministériels, les professions à clientèle personnelle, les droits de propriété littéraire et artistique, la part d'intérêt d'un époux dans une société de personnes, représentent ainsi des éléments de productivité « créés par le travail ou l'activité personnelle d'un époux » et qui normalement doivent rester aussi longtemps qu'il vit « étroitement liés à sa liberté de travail et de production » (52). Ces droits à caractère mixte, qui n'appartiennent à la communauté que par certains côtés et lui échappent par d'autres, demandent un examen spécial.

I. — Les fonds de commerce et les créances ne renferment pas cet élément de considération personnelle.

Un fonds de commerce, une exploitation rurale ou industrielle tombés en communauté, soit que l'un des époux marié sous le régime de la communauté légale les possédait au moment du mariage (art. 1401-1°), soit que, marié sous le régime légal ou la communauté d'acquêts, il les ait acquis au cours du mariage (53), deviennent indivis. Tous les éléments corporels, matériel d'exploitation et marchandises, et incorporels, nom commercial ou enseigne, clientèle, achalandage, droit au bail sont en indivision (54). Au fonds lui-même, il faut adjoindre les marques

(52) SALEILLES, note sous Paris, 1^{er} février 1900, S. 1900, 2, 121. Voir aussi LÉON BÉRARD : *Du caractère personnel de certains droits et notamment des droits d'auteur dans les régimes de communauté*, Thèse Paris, 1902.

(53) Une proposition de loi déposée par MM. DAUTHY et plusieurs de ses collègues tend à étendre à certains biens mobiliers : fonds de commerce, charges et offices, propriété littéraire, parts d'intérêt, les règles applicables aux immeubles dans le régime de la communauté légale (Doc. Parl. Sénat, 1930, Annexe n° 320, p. 878). Cf. VOIRIN : *notes parlementaires*, Rev. Trim., 1930, p. 1183.

(54) Sur ces éléments, Cf. notamment L. MAZEAUD : Note D.P. 1929, 2, 33, col. 1. Un portefeuille de représentation à la commission qui consiste en un ensemble de mandats révocables *ad nutum* n'a pas de valeur vénale, il ne peut être fait état de cette valeur à la dissolution de la communauté. Req., 3 juin 1908, S. 1909, 1, 127 ; Douai, 12 février 1930, Rec. Douai, 1930, 79.

de fabrique et de commerce, les dessins et modèles industriels de caractère mobilier qui suivent la nature du fonds en tant qu'accessoires, et les brevets d'invention acquis d'un tiers. Si ces brevets ont été délivrés à l'un des époux, il faut réserver certains droits à l'auteur, d'après les règles admises pour la propriété littéraire et artistique. La jurisprudence ne tient pas compte des qualités personnelles du commerçant dans l'exploitation de son entreprise, il peut être l'animateur exclusif de son commerce, la femme a pu créer elle-même au cours de la communauté un fonds qui faisait partie de ses biens réservés, elle ne peut, à la dissolution, le reprendre en nature qu'en renonçant à la communauté (art. 5, loi 13 juillet 1907). Du moment qu'elle accepte la communauté, le fonds fait partie de la masse indivise au même titre que les autres éléments de l'actif commun, il suit le sort de n'importe quel bien. La Chambre des Requêtes a nettement décidé qu'un fonds d'herboristerie, pour l'exploitation duquel il faut un diplôme, devient indivis à la dissolution de la communauté et que l'époux exploitant ne peut en exiger l'attribution à son profit ⁽⁵⁵⁾. Le diplôme d'herboriste, simple garantie légale, n'a pas été retenu comme un élément suffisant de personnalité qui permît à l'exploitant de retenir comme propre ce fonds de commerce. Pour parer à ces inconvénients, la pratique notariale insère dans les contrats de mariage des commerçants ou futurs commerçants une clause qui permet à l'époux survivant ou à l'un d'eux de prélever à titre de propre le fonds commun à charge d'en payer la valeur à la communauté. Cette substitution de la valeur du fonds au fonds lui-même entraîne une modification de la masse indivise ⁽⁵⁶⁾.

Les créances qui figuraient dans l'actif commun deviennent-elles indivises ? Cette question a une importance spéciale. Les créances de la communauté sont souvent nombreuses, d'autre part la décision que l'on prend à leur sujet influe sur la con-

(55) Req., 8 nov. 1922, D.P. 1924, 1, 186 ; S. 1924, 1, 313, Note E.-H. PERREAU.

(56) L'étude de cette modification relève du Cours de l'indivision, *infra* ch. II.

ception que l'on se fait de l'indivision. Les créances se divisent-elles automatiquement entre les divers ayants droit, l'indivision n'apparaît plus que comme un ensemble de quote-parts portant sur des biens indivisibles de leur nature. Les créances figurent-elles dans la masse indivise, l'indivision constitue un véritable patrimoine autonome. La difficulté provient de ce que la tradition classique n'admet pas l'indivision pour les créances. L'article 1220 du Code civil a maintenu cette solution, il décide que les créances se partagent de plein droit à la mort du créancier entre ses héritiers, « qui ne peuvent réclamer le paiement de la créance que pour la part dont ils sont saisis comme représentant le créancier ».

Appliqué, partiellement, du moins, en matière de succession, ce texte est nettement écarté par la jurisprudence pour les créances qui dépendent de la communauté, la dissolution n'a pas pour effet de les diviser de plein droit. Faisant état du principe aujourd'hui certain d'après lequel la Cour suprême « exclut pour les créances faisant partie de la communauté l'application de l'article 1220 du Code civil » et décide « que la division des créances ne s'opère pas de plein droit entre les copartageants par la seule survenance de la fin de la communauté » (57), il faut examiner quelles sont les créances comprises dans la masse indivise. Il y a lieu, pour plus de méthode, de distinguer les créances de la communauté à l'encontre de l'un des époux et celles de la communauté à l'encontre des tiers.

Les premières sont les récompenses. D'après le principe posé par l'article 1437 du Code civil, chaque fois qu'un époux a tiré un profit personnel de la communauté, que son patrimoine s'est enrichi d'une valeur fournie par celle-ci, il en doit la restitution à la dissolution de la communauté. La masse commune est, dès la dissolution, créancière des sommes qu'elle a déboursées. Ces créances figurent dans la masse (arg. art. 1468 et 1473 C. civ.). Les principaux cas de récompenses sont visés par l'article 1437 du Code civil : 1° La communauté a payé une dette personnelle

(57) *Reg.*, 13 janvier 1909, S. 1911, 1, 441 précité ; *Civ.*, 25 juillet 1923, D.P. 1926, 1, 153 précité.

à l'un des époux avec des fonds communs. 2° Elle a engagé des frais : impenses, rachats de servitudes dans l'intérêt des biens propres des époux. 3° Elle a permis l'acquisition de biens personnels avec des fonds communs, et notamment l'acquisition au profit d'un époux, à titre personnel, d'une rente viagère ou d'une assurance sur la vie. Une récompense est due, sauf dispense expresse ou tacite, par l'époux qui bénéficie, après la dissolution, du service de la rente ou du capital assuré.

Les créances de la communauté contre les tiers deviennent indivises : les obligations, actions, parts de fondateur, le prix restant dû sur la vente d'un immeuble commun aliéné au cours de la communauté, l'indemnité d'assurance d'un immeuble commun sinistré, le droit au bail d'un immeuble occupé par les époux, la valeur en capital d'une rente viagère commune, d'une assurance sur la vie qui doit bénéficier à la communauté, etc... Ces deux dernières catégories de créances demandent des explications.

Les rentes viagères qui figuraient dans la communauté non seulement pour leurs arrérages (art. 1401-2°), mais aussi pour la valeur en capital de la rente, se retrouvent dans la masse indivise, lorsque, du moins, la cause qui a emporté la dissolution de la communauté n'a pas en même temps éteint la rente viagère. Une rente acquise pendant la communauté avec des deniers communs ou en paiement de la vente d'un bien commun est commune, qu'elle soit stipulée par un époux à son profit personnel ou conjointement par les deux époux au profit personnel de chacun d'eux ⁽⁵⁸⁾ : La masse commune a permis la constitution de la rente, il est juste qu'elle retire le profit entier de l'opération : non seulement les arrérages, mais la valeur en capital figure à son actif. Que devient au jour de la dissolution, cette valeur, ce droit de créance ? Il y a lieu de distinguer entre la dissolution par le décès d'un époux et la dissolution anticipée du vivant des deux conjoints.

Dans le premier cas, ou bien c'est l'époux bénéficiaire qui est décédé et la rente est éteinte. Ou bien, c'est l'époux bénéficiaire

(58) Cf. PLANIOL, RIPERT et NAST : VIII, n° 173.

de la rente qui survit (59). Cette rente lui a été constituée à titre de donation par son conjoint ; ou bien il y a eu stipulation de reversibilité sur la tête de l'époux survivant. Il est encore possible que l'époux survivant ait constitué une rente qui lui sera versée à titre exclusif, au décès de son conjoint. Dans tous ces cas le conjoint a un intérêt personnel qui lui permet de prélever à son profit exclusif le bénéfice de la rente, tant en arrérages qu'en capital. Le fonds de la rente ne figure dans la masse indivise qu'au cas où la rente a été constituée conjointement par les deux époux sans stipulation de reversibilité : la rente qui était servie à l'époux décédé est éteinte, celle qui subsiste au profit de l'époux survivant est indivise. Ou bien l'époux survivant qui a constitué la rente sur sa propre tête n'a pas stipulé la continuation du service de la rente à son profit exclusif : la valeur de la rente est alors indivise.

Au cas de dissolution anticipée de la communauté par divorce, séparation de corps ou de biens, la valeur de la rente est le plus souvent indivise. La clause de reversibilité ne joue qu'au décès d'un conjoint (60). D'autre part, l'époux constituant ne prévoit souvent la continuation du service de la rente à son profit exclusif que pour le cas de survie et non pour le cas de dissolution anticipée de la communauté. Le prélèvement du fonds de la rente à titre de propre ne peut s'exercer que dans les cas limitativement prévus. Il arrive souvent, au cas de divorce, qu'un époux qui a constitué sur la tête de son conjoint une rente à titre de donation, révoque cette donation ou que celle-ci devienne caduque par l'effet du divorce ou de la séparation de corps (art. 299 C. civ.). En pareil cas cependant, la rente ne devient pas indivise. L'époux donataire a acquis contre le débi-rentier un droit irrévocable, il ne perd pas son droit à la rente et doit seulement récompense à la communauté de ce qu'elle a payé pour assurer la continuation à son profit exclusif du service de la rente après la dissolution.

(59) Cf. PLANIOL, RIPERT et NAST : n^{os} 204 et s.

(60) AUBRY et RAU : VIII, § 507, p. 35 ; PLANIOL, RIPERT et NAST : VIII, n^o 206, note 3.

Le droit au capital d'une assurance sur la vie est une créance à l'actif de la communauté, lorsque, du moins, l'assurance est contractée avec des deniers communs (61). Mais il est aujourd'hui admis que cette créance n'appartient à la masse commune qu'au cas où l'époux assuré n'a désigné aucun tiers bénéficiaire ou lorsque le capital est versé au cours de la communauté. Dès l'instant que l'assurance est contractée au profit d'un tiers bénéficiaire ou que le capital ne doit être payé à l'assuré qu'après la dissolution, cette créance est propre, sauf récompense.

A la dissolution de la communauté, le droit au capital assuré ne figure dans la masse indivise qu'au cas de dissolution par le décès de l'époux assuré et en l'absence de tiers bénéficiaires déterminés. Aucun intérêt personnel ne vient alors faire échec au principe qu'un capital acquis avec des deniers communs est commun. La créance figure dans la masse : 1° Lorsque le contractant est décédé sans avoir désigné de tiers bénéficiaire. A ce sujet, la loi du 13 juillet 1930, relative au contrat d'assurance (62), en « multipliant les modes offerts pour la désignation des bénéficiaires » admet plus facilement qu'on est en présence d'un bénéficiaire déterminé. Elle a posé quelques présomptions de volonté pour déterminer quelle est la femme bénéficiaire et elle admet les enfants nés ou à naître et les héritiers au bénéfice de l'assurance (art. 63, al. 2 et 3 de la loi). Avec cet élargissement apporté dans la détermination du tiers bénéficiaire, le droit au capital assuré sera plus fréquemment exclu de la masse indivise. 2° Lorsque le tiers bénéficiaire n'accepte pas le bénéfice de l'assurance, le droit au capital devient indivis (63). 3° Lorsque la désignation du tiers est annulée, lorsque la police a été rachetée par l'assuré, ou lorsque la police était à ordre — et non plus au porteur, cette forme est aujourd'hui interdite (art. 61, al. 1, loi précitée) — et qu'elle se trouve dans la succession de l'assuré sans endossement daté (art. 61, al. 2), dans

(61) PLANIOL RIPERT et NAST. VIII. n° 174.

(62) Voir sur cette loi le commentaire de M. P. GUYOT : *Les lois nouvelles*, 1930. Bulletins n°s 17, 18, 19, § 79 et s., 89 et s.

(63) C. F. Besançon 10 février 1881. *Journ. des Assur.*, 1881, p. 475. L'acceptation est largement entendue dans la loi du 13 juillet 1930, art. 64. Il suffit que le tiers déclare vouloir profiter de l'assurance.

tous ces cas il n'y a pas de bénéficiaire déterminé, la créance devient indivise.

II. LES DROITS A CARACTÈRE PERSONNEL. — A la différence des valeurs incorporelles qui figurent dans la masse indivise pour leur intégralité et donnent aux indivisaires des prétentions concurrentes, il est certains droits qui imposent une dissociation des éléments propres à leur titulaire et dont la seule valeur représentative figure dans la masse indivise. Il en va ainsi pour le droit de présentation de l'officier ministériel, le droit attaché à certaines professions à clientèle personnelle, le droit de propriété littéraire et artistique, la part d'intérêt d'un époux dans une société de personnes. Les titulaires de ces droits ne peuvent être contraints de les céder et conservent toute liberté pour choisir le moment de leur aliénation.

a) L'office ministériel apporté en mariage par son titulaire marié sous le régime de la communauté légale ou acquis au cours du mariage, devient commun en sa qualité de bien meuble (64). Mais ce qui tombe en communauté n'est pas l'office lui-même ; cet office comprend deux éléments, le titre et la finance. Le titre conféré à l'officier ministériel par l'Etat est un élément de la personnalité dont le titulaire peut seul disposer de son vivant. La finance de l'office représente un élément patrimonial ; c'est la valeur du droit de présentation que l'article 91 de la loi de finances du 28 avril 1816 a accordé aux officiers ministériels. Le droit de présenter un successeur à l'agrément du gouvernement, moyennant le versement d'une somme déterminée, a une valeur susceptible d'estimation et c'est cette valeur seule qui entre en communauté. A la dissolution, cette valeur vénale devient indivise. Mais, ordinairement, une clause du contrat de mariage per-

(64) L'opinion d'après laquelle l'office serait toujours propre à son titulaire et la communauté n'aurait droit qu'à une récompense lorsqu'elle en a payé le prix, est abandonnée. Cf. Civ. 4 janvier 1853. D. P. 1853, 1, 73. Req. 6 janvier 1880. D. P. 1881, 1, 364. Note DUTRUC. S. 1881. 1. 49. Note LABBÉ. *Riom*, 28 mars 1859. D. P. 1860. 5. 66. Aix, 10 mai 1906. D. P. 1908. 2. 401. S. 1908. 2. 61. Cf. PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 176. AUBRY et RAU, VIII, t. 507, texte et note 11. CAPITANT, *Rev. Crit.*, 1929, loc. cit. n° 13, note 18. BAUDUIN : *De l'Office ministériel considéré au point de vue des rapports pécuniaires entre époux*. Thèse Paris, 1911.

met à l'époux titulaire de reprendre son office à titre de propre à charge d'en payer la valeur à la communauté. En l'absence de cette clause, la jurisprudence permet à l'officier qui survit à la dissolution de retenir sa charge comme propre moyennant récompense à la communauté, et, ce, « pour des motifs d'ordre public » (65) ; mais elle ajoute que c'est là une pure faculté dont le mari est libre d'user ou de ne pas user. La valeur de l'office ne demeure ainsi dans la masse indivise qu'au cas exceptionnel où l'officier n'exerce pas son droit de prélèvement. Du fait que cette valeur est indivise, il résulte logiquement qu'elle doit profiter à la masse dont elle fait partie. Mais l'élément personnel reparaît, pour ainsi dire rivé à l'élément patrimonial, et entraîne des conséquences qui ne cadrent pas avec les règles ordinaires de l'indivision. 1) Le droit de cession de l'office reste essentiellement personnel à l'époux titulaire, peu importe l'intérêt que peuvent avoir ses coindivisaires à une cession immédiate. Le mari reste en fonctions aussi longtemps qu'il ne juge pas opportun de se démettre de sa charge. Sa femme ou les héritiers de celle-ci ne sauraient l'obliger à vendre ni prétendre que leur concours est nécessaire pour la validité de cette cession. 2) La part de la femme ou de ses héritiers ne devient exigible qu'au moment de la cession de l'office ou du partage. Ils n'ont droit jusqu'alors qu'aux intérêts de leur part dans cette valeur (65bis). 3) La plus-value de la valeur de l'office ne profite pas à la masse, elle reste propre à l'officier ministériel. Il semblerait normal que toute augmentation ou diminution de valeur d'un élément indivis vienne accroître la masse ou la diminuer. Au cas de cession de l'office au cours de l'indivision, la valeur de l'office au jour de cette cession devrait tomber dans la masse ; lorsque l'officier ministériel est encore en fonction au jour du partage, c'est la valeur de l'office au jour effectif du partage qui devrait être

(65) Req., 6 janvier 1880, note DUTRUC, précité. La jurisprudence supplée ainsi à l'absence de clause de prélèvement relative aux offices ministériels. POTHIER (*Communauté*, n° 663), explique que la jurisprudence de l'Ancien Droit avait accordé cette faculté au mari, « arguant de l'indécence qu'il y aurait à dépouiller un officier de son office. »

(65 bis) Req., 6 janvier 1880, précité, Riom, 28 mars 1859, précité.

retenue. La règle de l'estimation des biens au jour du partage est aujourd'hui généralement adoptée.

Par une anomalie singulière, la jurisprudence décide que c'est toujours la valeur au moment de la dissolution de la communauté qui devient indivise. La plus-value postérieure profite à l'époux titulaire ou à sa succession. Cette solution est dépourvue de logique. Puisque la valeur vénale de l'office, qui était commune, est, à la dissolution devenue indivise, elle doit suivre le sort des autres éléments de la masse, et, comme eux, lui profiter (66). La solution jurisprudentielle aboutit à considérer la masse indivise comme simple créancière d'une récompense calculée au jour de la dissolution, ce qui est exact lorsque le mari a opéré le prélèvement de son office. Mais lorsque le mari n'use pas de cette faculté, l'office ne peut devenir propre par le seul fait de la dissolution, il demeure un élément commun et pour estimer la valeur de ces éléments, la jurisprudence se place au jour le plus proche du partage. En disant que la valeur de l'office est indivise et que cette valeur s'apprécie à la dissolution, les arrêts ne font pas concorder les deux termes de leur raisonnement. Ces arrêts (67) sont, il est vrai, mal motivés et déjà anciens. Malgré son anomalie, cette solution conduit à un résultat favorable. Elle répond à un sentiment d'équité. Le mari reste propriétaire de son office et n'est tenu que de sa valeur au jour de la dissolution. Il bénéficie par là de tous les avantages d'une clause de prélèvement.

b) De telles conséquences doivent-elles s'appliquer à des charges non officielles ou à des professions qui comportent une clientèle personnelle et dont la valeur représentative qui était commune est, à la dissolution, devenue indivise ? Les agréés près les

(66) Dans notre Ancien Droit, l'office qui n'était pas retenu par le mari était compris dans la masse à partager « pour le prix qu'il valait au temps auquel les parties faisaient l'estimation des biens pour parvenir au partage. » POTHIER: *Communauté*, n° 665.

(67) Douai, 15 nov. 1833. *D. J. G. Contr. de mar.*, n° 643. S. 1834, 2, 189. Agen, 2 déc. 1836. *D. J. G.*, eod. v° n° 633. S. 1837, 2, 109. Paris, 23 juillet 1840. *D. J. G.*, eod. v° n° 645. S. 1840, 2, 401. Paris, 6 avril 1843. *D. J. G.*, eod. loc. n° 643. Douai, 20 déc. 1862, 14 février 1864. S. 1864, 2, 109. Req. 6 janvier 1880, précité. Cf. CAPITANT: *Rev. Crit.*, 1929, n° 13, et note 20.

tribunaux de commerce ont des charges non officielles qui n'ont pas moins une réelle valeur ⁽⁶⁸⁾. Les cabinets d'architecte, de géomètre, d'experts comptables, les portefeuilles d'agents d'assurances, les officines de pharmacie ⁽⁶⁹⁾ représentent des éléments d'une valeur patrimoniale indiscutable et parfaitement cessibles ; mais l'exercice de ces professions met au premier plan les qualités personnelles de l'époux qui les exerce, la science, le talent, la probité de leur titulaire. A raison de ce facteur personnel et, par analogie avec l'office ministériel, il faut admettre que seule la valeur représentative de ces fonds, lorsqu'elle est commune, devient indivise. Le droit à l'exercice de la profession reste attaché à l'époux aussi longtemps qu'il lui semble bon. Les indivisaires ne peuvent demander la licitation de ces fonds de clientèle pour s'en partager le prix, ils ne seront payés qu'au moment de la cession, ou bien ils recevront en partage un lot correspondant à leur part. Mais, à la différence de la solution admise pour l'office ministériel, la valeur de ces fonds qui est indivise s'apprécie au moment de la cession ou du partage, et non au jour de la dissolution. Pour que la valeur d'une clientèle tombe en communauté et devienne par suite indivise, il faut qu'elle soit reconnue cessible. Lorsque la clientèle est essentiellement personnelle, c'est le cas pour celle des médecins, dentistes, vétérinaires, sages-femmes, elle est inces-sible ; n'ayant pas de valeur un jour réalisable, elle ne constitue pas un élément patrimonial ⁽⁷⁰⁾.

c) Un dédoublement entre le droit personnel et le droit pécuniaire de l'auteur est généralement admis en ce qui concerne la propriété littéraire et artistique. Après les mémorables débats

(68) Cf. Rouen, 10 oct. 1921. *Gaz. Pal.*, 1925, 1, 235. Req. 5 mars 1929. *Gaz. Pal.*, 1929, 1, 840.

(69) Cf. Metz, 3 juin 1841, sous Req., 29 nov. 1842. S. 1842, 1, 899. D. P. 1843, 1, 51. Trib. Civ. du Havre: 24 juillet 1924. D. P. 1925, 2, 148. Trib. Civ. Toulouse, 22 juin 1929. *Gaz. Pal.*, 1929, 2, 403. La valeur de la clientèle est commune, mais le mari conserve le droit d'exploiter son officine après la dissolution. En sens contraire, Cf. PLANIOL, RUPERT et NAST., IX, n° 862, note 6.

(70) La jurisprudence n'admet pas la cession de clientèle des professions essentiellement personnelles. Cf. Dalloz, Rep. prat. v° Médecin (clientèle).

de l'affaire Lecocq ⁽⁷¹⁾, on déduit de la décision rendue par la Cour suprême qu'il faut distinguer dans le droit d'auteur deux éléments : Le droit de reproduction de l'œuvre, qui représente une valeur économique susceptible d'estimation, droit cessible, qui permet à l'auteur de retirer les produits de son travail, mais limité dans sa durée et qui tombe dans le domaine public cinquante ans après la mort de l'auteur. Indépendamment de ce droit patrimonial, l'auteur garde un droit personnel sur son œuvre, il reste seul investi du droit de « faire subir des modifications à sa création ou même de la supprimer, pourvu qu'il n'agisse point dans un but de vexation » — il y aurait alors abus de droit. Tant que l'auteur vit, il conserve ce droit personnel comme un élément de sa propre liberté ; seule la valeur économique que représentait dans le patrimoine commun le droit de propriété littéraire devient indivise. Cette indivision combinée avec les principes généraux de la loi du 14 juillet 1866 ne va pas d'ailleurs sans quelque illogisme : Lorsque la communauté est dissoute par le prédécès de l'auteur, l'époux survivant commun en biens a la moitié du droit en pleine propriété, et à titre successoral l'usufruit de l'autre moitié ⁽⁷²⁾ (art. 1^{er}, loi 14 juillet 1866). Mais, au cas de dissolution de la communauté par le prédécès du conjoint de l'auteur, l'auteur est moins bien traité que ne l'eût été son conjoint, il n'a que la moitié de la valeur du droit. Lorsque la communauté se dissout du vivant des deux époux, des difficultés se produisent lorsque les droits d'auteur sont les seuls éléments de l'actif indivis : Devant l'impossibilité d'imputer sur la part de l'auteur la valeur totale de ses droits, l'indivision est maintenue avec l'autre époux ; si ce dernier se rema-

(71) Civ., 25 juin 1902. S. 1902, 1, 305, note Lyon-Caen. D. P. 1903, 1, 5. Note Colin. Cf. THALLER : *Des rapports de la propriété littéraire et artistique avec le régime de communauté*, p. 55 et s. PALMADE : *La propriété littéraire et artistique et les régimes matrimoniaux* : Thèse Bordeaux, 1909. Pour l'application des droits d'auteur aux œuvres cinématographiques et cinéphoniques, voir Marotte, *Thèse Nancy*, 1930.

(72) SALEILLES (note, S. 1900, 2, 121) et L. BÉRARD (*Thèse précitée*), partisans du caractère essentiellement personnel du droit d'auteur, admettent qu'au cas de prédécès de l'auteur, la valeur intégrale du droit de propriété littéraire fait partie de l'actif commun, car l'élément patrimonial reste alors seul en cause.

rie, le second conjoint commun en biens aura des droits sur l'œuvre du premier.

d) Les parts d'intérêt dans les sociétés de personnes. — Il arrive souvent que la communauté comprenne la part d'intérêt d'un époux dans une société de personnes. L'époux marié sous le régime de la communauté légale, associé dans une société en nom collectif ou une société en commandite simple avec des tiers, et non avec son conjoint, puisque de telles sociétés sont interdites entre époux ⁽⁷³⁾, était membre de cette société au moment du mariage ou il a fait apport au cours du mariage à une société qui se constituait d'effets ou de deniers communs (art. 529 C. civ., 1401-1° — art. 1421 C. civ., 1499). La considération de la personne de l'associé rend cette part strictement personnelle et incessible, mais l'incessibilité d'un meuble ne fait pas obstacle à son entrée en communauté. Il n'y a pas cession de cette part à la communauté, l'époux en reste titulaire; seule la valeur représentative de la part est commune; cette valeur se traduit pendant la communauté par un droit aux bénéfices; à la dissolution elle figure dans la masse indivise, chaque indivisaire a droit à une part de cette valeur. La plupart des auteurs ⁽⁷⁴⁾ et les arrêts s'appuient sur l'article 1861 du Code civil aux termes duquel chaque associé peut, sans le consentement des autres associés, s'adjoindre une tierce personne, désignée en pratique sous le nom de croupier, relativement à la part qu'il a dans la société, mais ne peut sans ce consentement l'associer à la société », pour définir les droits de communauté et, après sa dissolution, ceux du conjoint de l'associé sur la part

(73) Voir pour la réglementation des sociétés entre époux, le rapport présenté au nom de la commission des sociétés entre époux, par M^e DOLBEAU : *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1930, n° 3. Ce rapport est aujourd'hui en discussion (Cf. *Le Temps*, 17 février 1930).

(74) PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 863. NAST, *Rev. Crit.*, 1929, p. 397. LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, 5^e éd., t. II, première partie, n° 271 bis. THALLER et PIC : *Soc. commerc.*, t. I, n° 372. A. TISSIER, concl. sous Req., 13 avril 1921. S. 1924, 1, 313. BOURCART, *Journ. Soc.*, 1928, p. 466. Rapp. REDAUD : *Les parts sociales sous le régime de la communauté*. Thèse Paris, 1929, n°s 149-150.

Cf. Paris, 18 janvier 1927. D. P. 1928, 2, 145. Note CAPITANT : *Journ. Soc.*, 1929, p. 555. Comment. HOUPIER, *Ibid.*, p. 529. Paris, 29 juin 1927. D. P. 1927, 2, 161, note CAPITANT. Comment. BOUCART : *Journ. Soc.*, 1928, p. 449.

d'intérêt. Cette explication est discutable dans son fondement : Il ne se forme pas une sous-association entre l'associé et la communauté, comme il se produit entre l'associé et son croupier. Au cours du mariage, une sous-société ne peut pas plus exister entre époux qu'une société ordinaire. On ne peut parler à la dissolution d'une cession tacite par le mari à sa femme d'une partie de ses droits dans la société. Le mari n'a pas à céder à la femme des droits qui lui appartiennent déjà comme commune en biens (75). La situation est plus simple, elle se rattache au système d'ensemble appliqué pour les droits à caractère personnel dans le régime de communauté : l'époux associé reste titulaire de sa part, la communauté ne prend pas sa place dans la société. L'intérêt n'entre en communauté que pour la valeur qu'il représente, dépouillé de tout caractère social. La femme est copropriétaire de cette valeur et, comme telle, fondée à en demander le partage.

Sur quelles bases doit être faite l'estimation de la valeur que représente la part d'intérêt ? La difficulté provient de ce que la dissolution de la communauté et celle de la société ne concordent pas, le plus souvent. Il y a lieu de distinguer entre la dissolution de la communauté par le décès de l'époux associé, la société pouvant alors se trouver dissoute, et la dissolution par le décès du conjoint de l'époux associé, par divorce, séparation de corps ou de biens : l'époux associé continue alors de faire partie de la société.

Au cas de décès de l'époux associé, lorsque les statuts sociaux ne stipulent pas que la société survivra au décès de l'un de ses membres, la société est dissoute (art. 1865 C. civ.) : La part de l'époux dans cette société va être matérialisée par la liquidation et la répartition de l'actif social, et c'est l'émolument attribué à l'époux décédé en représentation de sa part qui figure dans la masse indivise. Pour éviter une dissolution de la société, les statuts peuvent prévoir que les ayants cause de l'as-

(75) C'est par une fausse application de l'art. 1861, C. Civ., et des règles de la communauté conjugale qu'on a pu considérer la femme comme croupière de son mari. HOUFIN: *Journ. Soc.*, 1929, p. 534. Voir aussi CAPITANT: *Rev. Crit.*, 1929, *loc. cit.*, n° 15.

socié seront substitués à leur auteur décédé pour la part qu'il représentait dans la société. Puisque cette part est indivise entre le conjoint survivant de l'associé et ses héritiers, le remplacement de l'associé décédé fait entrer dans la société le conjoint pour une moitié, les héritiers pour l'autre (76). Mais on hésite souvent à se lier par avance à de futurs associés que l'on ne connaît pas. Les statuts ont tendance à réserver l'entreprise aux seuls associés survivants et il est établi à l'acte de société que les ayants droit de l'époux décédé seront indemnisés sur la base du dernier inventaire avant le décès (77). Cette limitation forfaitaire résultant des statuts a généralement pour conséquence que la part de l'associé décédé est remboursée pour une somme inférieure à sa valeur réelle. Le dernier inventaire ne traduit pas la situation exacte de la société, il ne donne toujours pas une juste valeur aux objets inventoriés. Les associés survivants tendent à enfler le plus possible les réserves occultes, sûrs de les retrouver au bilan de liquidation. Le montant de ces réserves passe gratuitement aux associés qui survivent, au détriment des ayants droit du prédécédé. On a pu douter de la validité de telles clauses (78). La jurisprudence a estimé qu'elles étaient opposables aux ayants cause de l'associé décédé; cet associé a été partie à l'acte constitutif de société et a accepté cette clause. La rescision pour lésion est irrecevable à raison du caractère aléatoire d'une telle convention (79).

(76) La continuation est possible même avec des héritiers mineurs. Req., 2 mars et 10 mars 1885. D. P. 1885, 1, 441 et 444. Req., 23 oct. 1906. D. P. 1907, 1, 43. S. 1908, 1, 177, note HÉMAR, Cf. THALLER et PERCEROU: *Traité élémentaire de Droit commercial*, 8^e éd., 1931, n° 435 et s.

(77) Cf. TRASBOT: *De la continuation de l'entreprise après décès d'un associé et de l'indemnisation de ses ayants-droit sur la base du dernier inventaire*, Journ. Soc., mars 1929.

(78) H. ROUSSEAU, note sous Req., 13 avril 1921. S. 1924, 1, 313. P. ESMEIN: *De quelques questions soulevées par les clauses de continuation des sociétés de personnes par suite du décès d'un associé, spécialement au cas d'existence de réserves occultes*. Répertoire général pratique du Notariat, art. 21.582, p. 29 et s., n° 7.

(79) Trib. Com. Lyon, 13 juillet 1925. S. 1925, 2, 73. Note ROUSSEAU, Lyon, 25 novembre 1926. S. 1927, 2, 21. Trib. Com. Angers, 4 décembre 1926. S. 1927, 2, 22. N. de ROUSSEAU: *Journ. Soc.*, 1928, p. 216. Req., 9 juillet 1929. S. 1930, 1, 191.

La situation est plus délicate, lorsque l'époux associé continue de faire partie de la société, mais la communauté est dissoute par le décès du conjoint de l'époux associé ou du vivant des deux époux par divorce, séparation de corps ou de biens. Il ne s'agit plus alors de rapports entre l'époux associé et la société, mais de rapports des deux époux entre eux ou de l'époux associé avec les représentants de son conjoint. La clause d'évaluation forfaitaire de la part d'intérêt pour une somme déterminée ou pour la valeur portée au dernier inventaire est-elle opposable au conjoint de l'époux associé ou à ses représentants ? La jurisprudence a répondu que les restrictions statutaires étaient sans effet à leur égard ⁽⁸⁰⁾. Ce n'est pas la valeur conventionnelle de la part d'intérêt, mais la valeur réelle des droits de l'époux associé sur l'actif social, telle qu'elle résulte de tous les éléments de cet actif, qui doit figurer dans la masse indivise à la dissolution de la communauté. Les clauses de fixation forfaitaire ne peuvent concerner que les parties associées et non les tiers ; exorbitantes du droit commun, elles s'appliquent strictement aux cas prévus de décès ou de retraite de l'époux associé, et non au cas de divorce, de séparation de corps ou de décès du conjoint de l'associé. La jurisprudence décide, en conséquence, que la part sociale figure dans la masse pour sa valeur réelle, compte tenu d'une estimation exacte de l'actif social et des droits de l'époux associé dans les réserves ⁽⁸¹⁾. Cette solution est équitable, le conjoint de l'associé ou ses représentants seraient lésés si la part n'était estimée à sa valeur réelle, l'associé recevrait souvent davantage au jour de sa retraite ou de la liquidation de la société. Cette solution est, d'autre part, en harmonie avec celle appliquée aux actions de société. Lorsqu'une société par actions a constitué d'importantes réserves non encore incorporées au ca-

(80) Req., 13 avril 1921. S. 1924, 1, 313. Comment. NAST: *Rev. Crit.*, 1926, p. 592 et s. Paris, 29 juin 1927, précité. D. P. 1927, 2, 161, note CAPITANT. Comment. NAST: *Rev. Crit.*, 1929, p. 397 et s. Req., 4 janvier 1926. D. H. 1926, 33.

(81) L'arrêt précité de la Ch. des Req. du 4 janvier 1926 a permis, malgré l'interdiction des statuts, la communication des livres sociaux à des experts, pour que ceux-ci puissent, en toute connaissance de cause, déterminer la valeur exacte de la part.

pital social, la valeur de l'action se trouve augmentée ; et c'est de la valeur intégrale du titre qu'il est tenu compte à la dissolution.

On a objecté ⁽⁸²⁾, il est vrai, qu'en faisant figurer dans la masse tous les droits de l'époux associé, y compris sa part de réserves, on risquait d'attribuer au conjoint de l'époux associé une valeur souvent supérieure à l'émolument effectif que recevront l'associé lors de sa retraite ou de la liquidation de la société, ou ses héritiers à son décès. Les réserves destinées à parer à des risques éventuels dans la marche de la société pourront ne plus exister. Il y a là une difficulté inévitable due au défaut de concordance dans le temps de la dissolution de la communauté et de celle de la société. La dissolution de la communauté précédant celle de la société, il faut s'en tenir pour l'évaluation des droits sociaux, à la valeur de la part au jour où les époux procèdent au partage de la masse indivise. Le seul moyen d'éviter le risque dû aux fluctuations du fonds de réserve serait de laisser cette part indivise jusqu'à la dissolution de la société ou la retraite de l'associé. La somme effectivement versée par la société à l'époux associé se partagera alors entre les deux conjoints.

Du fait que la valeur de la part d'intérêt est indivise, il ne faut pas conclure que la femme ou ses représentants ont un droit quelconque d'ingérence dans les affaires de la société. Le conjoint non associé est un tiers par rapport à la société, il n'a droit qu'à la moitié de la valeur de la part. A raison de son droit personnel, l'époux associé a seul qualité pour céder sa part lorsque ses coassociés le lui permettent et pour toucher les sommes qui seraient le prix d'une cession entre l'époux et ses coassociés. Mais ce droit personnel du mari n'est pas un obstacle au partage de la valeur de la part d'intérêt. L'époux associé, son conjoint ou ses représentants peuvent en tout temps demander le partage, ce partage s'effectue sans qu'il soit touché en rien au fonctionnement de la société. La valeur de la part étant déterminée,

(82) CAPITANT: *Rev. Crit.*, 1929, loc. cit., note 26. D. P. 1927, 2, 161, note précitée. P. ESMEIN, loc. cit. n° 6.

le conjoint de l'époux associé reçoit un lot ou une somme correspondant à ses droits.

Les parts d'un époux dans une société à responsabilité limitée qui étaient tombées en communauté figurent, à la dissolution, dans la masse indivise. Le décès de l'époux associé n'a pas pour effet de dissoudre la société (art. 36, loi 7 mars 1925); sauf stipulation contraire des statuts, celle-ci continue entre les associés survivants et les ayants cause de l'associé décédé. Ces parts, intermédiaires entre la part d'intérêt et l'action, peuvent être cédées, sous les conditions prévues aux statuts. Sur quelles bases se fera cette cession ? D'autre part, au cas de dissolution de la communauté du vivant des deux époux ou par le décès du conjoint de l'époux associé, il faut procéder à l'évaluation de ces parts. Lorsqu'un transfert récent est intervenu, préalablement à la dissolution de communauté, le prix de ce transfert servira de base pour l'estimation de la part indivise. En l'absence d'un transfert préalable, on tiendra compte pour la fixation de cette valeur, des réserves statutaires et extraordinaires, qui à tout moment peuvent être liquidées. La réserve légale prescrite par l'article 33 de la loi du 7 mars 1925 n'entrera pas en jeu ⁽⁸³⁾ : cette dernière réserve, destinée à combler des déficits éventuels, a essentiellement un rôle de garantie envers les créanciers.

Aux immeubles, meubles corporels et incorporels qui figurent dans la communauté au jour de sa dissolution, il faut ajouter certains éléments qui doivent être recouvrés par la masse ⁽⁸⁴⁾.

Si larges qu'aient été les pouvoirs du mari au cours de la communauté, ils n'ont pu lui permettre d'agir frauduleusement sur les biens communs. Notre Ancien Droit avait toujours admis que la validité des actes de disposition accomplis par le mari était subordonnée à la condition qu'ils n'eussent pas été faits « en

(83) Telle est, du moins, la solution admise par le fisc. Sur ces différentes réserves, Cf. PIC et BARATIN : *Des sociétés à responsabilité limitée*, 2^e éd., Paris 1929, n^{os} 320 et s.

(84) BAUDRY, LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, op. cit. II, n^o 1080. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n^o 823, 5^e, note 2.

(85) POTHIER : Communauté n^{os} 472 et 479. Cf. art. 225 de la nouvelle coutume de Paris.

fraude de la part que la femme ou ses héritiers devaient avoir aux biens de la communauté lors de la dissolution » (85). On est d'accord pour admettre que, malgré le silence des articles 1421 et suivants du Code civil, une telle restriction subsiste aujourd'hui (86). Mais, si manifeste que soit la fraude, si considérable que soit l'appauvrissement de la communauté, l'action en nullité n'est ouverte à la femme qu'au jour de la dissolution, toute action antérieure serait prématurée (87). Lorsque les conditions d'exercice de l'action Paulienne sont réunies et notamment lorsqu'est établie la complicité du tiers acquéreur, par la connaissance qu'il a eue de l'intention frauduleuse du mari, la sanction de l'action en nullité intentée par la femme est la révocation de l'acte frauduleux. Les biens aliénés frauduleusement sont replacés dans la masse indivise (88). Si toutefois la complicité du tiers n'a pu être établie, une créance à l'encontre du mari, auteur de l'aliénation, ou à l'encontre de sa succession figure seule dans la masse indivise.

Si, d'autre part, le mari a indûment disposé de certains biens au cours de la communauté, contrairement à l'article 1422 du Code civil, ces biens doivent être rattachés à la masse. Le mari a fait une donation d'immeubles, soit une donation portant sur une universalité ou une quotité de mobilier, soit une donation mobilière avec réserve d'usufruit. La femme acceptante ou ses héritiers sont en droit d'exiger que ces biens soient comptés pour leur valeur actuelle dans la masse à partager. Cette réunion

(86) PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n^{os} 545-550. COLIN et CAPITANT, T. III, 4^e éd., p. 139 *in fine* et 140. AUBRY, RAU et BARTIN, T. VIII, 5^e éd., § 509, p. 87. VÉRON: *Les actes accomplis par le mari sur la communauté en fraude des droits de la femme*. Thèse Paris, 1924, p. 111 et s.

(87) Voir cependant le système proposé par Mlle BÉQUIGNON. Note sous Paris, 24 juillet 1928. S. 1929, 2, 97. Rappr. GAUDEMET: *Rev. Trim.*, 1910, p. 423 et s. L'acte du mari constitue un abus de droit. Cet abus de droit se réalisant par un contrat prend la forme d'une cause illicite, lorsque du moins le tiers est de mauvaise foi. L'acte est nul d'une nullité absolue, dont les deux contractants peuvent se prévaloir sans attendre la dissolution de la communauté.

(88) L'aliénation frauduleuse du mari constitue, au surplus, une tentative de recel et tombe, comme telle, sous le coup de l'art. 1477, C. civ. Civ., 11 nov. 1895, S. 1896, 1, 281. Note HOUPIIN. 8 juillet 1912. D. P. 1913, 1, 409, note GUÉNÉE. Les biens qui ont fait l'objet de détournements matériels au cours de la communauté, sont recouvrés par la masse et l'époux coupable est privé de toute part dans ces biens.

à la masse est purement fictive, l'annulation de la donation ne peut être que la conséquence et non le préliminaire du partage. L'action en nullité basée sur l'article 1422 ne tend pas à la reconstitution de l'actif commun, mais uniquement à la sauvegarde du droit de copropriété qui appartient à la femme sur cet actif. Si les biens donnés sont mis au lot de la femme, celle-ci est en droit de demander l'annulation de la donation ⁽⁸⁹⁾. Les aliénations du mari resteront valables si les biens aliénés sont mis à son lot. Au cas toutefois où l'actif indivis ne comprendrait que les biens aliénés, il faudrait évincer le tiers donataire avant le partage, alors surtout que le bien aliéné est impartageable et doit être licité ⁽⁹⁰⁾.

§ II. — LE PASSIF DE LA MASSE INDIVISE

De même que la masse indivise comprend tous les biens qui composaient l'actif de la communauté, elle comprend en contrepartie toutes les dettes qui la grevaient au jour où elle s'est dissoute. Il n'y a plus dès la dissolution de nouvelles dettes communes ⁽⁹¹⁾. Les dettes postérieures à la dissolution sont personnelles aux indivisaires qui les contractent. D'autre part, de même que les créances de la communauté échappent à la règle de l'article 1220 du Code civil pour figurer dans la masse, comme les autres valeurs incorporelles, il est de même admis par les textes et la jurisprudence que les dettes de la communauté ne se divisent pas de plein droit au jour de la dissolution et demeurent indivises jusqu'au partage (arg. art. 1473 et 1490 C. civ.).

Il n'est pour ainsi dire pas de communauté qui prenne fin

(89) Cf. Civ., 4 décembre 1929. D. H. 1930, p. 17. *Sem. Jurid.*, 27 avril 1930, p. 389. Pour l'annulation de la donation d'un immeuble commun faite par le mari à un enfant du premier lit, Cf. Civ., 14 août 1855. D. P. 1855, 1, 372. S. 1855, 1, 776. Nancy, 17 mai 1861, S. 1861, 2, 473. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, nos 530-537.

(90) Cf. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 823, 5°. Rapp. Civ., 24 juillet 1866. D. P. 1867, 1, 36. S. 1866, 1, 424.

(91) Réserve faite de ce que nous dirons des dettes contractées dans l'intérêt même de la masse et de celles prévues par la loi (art. 1473, 1465 et 1482 C. Civ.). *Infra*, ch. II.

sans être grevée d'un certain passif. Il faut à leur sujet distinguer entre : les dettes de la communauté envers les époux, celles de la communauté envers les tiers et celles qui résultent des conventions matrimoniales.

Les premières forment les récompenses dues par la communauté aux époux. Chaque fois que la communauté s'est enrichie aux dépens du patrimoine personnel d'un conjoint, elle en doit récompense, et ces dettes produisent intérêts de plein droit du jour de la dissolution (art. 1470-3° et 1473 C. civ.). La communauté a encaissé la valeur représentative d'un bien propre et il n'y a pas eu de remploi au profit de l'époux propriétaire (art. 1433 C. civ.). La femme lui a fait abandon de sa part dans l'immeuble indivis acquis par le mari (art. 1408, al. 2), la communauté est débitrice envers elle du prix de cette part. Elle a acquis la propriété de valeurs propres aux époux, elle est tenue de les restituer. Ou bien, l'un des époux a sur sa fortune personnelle payé une dette commune ; il a engagé une dépense personnelle dans l'intérêt exclusif des biens communs. Enfin, les biens personnels de la femme ont péri, ont été détériorés ou dépréciés (art. 1428, al. 4) et la communauté est redevable de la mauvaise gestion du mari. Dans tous ces cas, la masse commune se trouve débitrice de l'un ou l'autre époux (92).

Les dettes dont la communauté était redevable envers les tiers au jour de la dissolution deviennent indivises et restent à la charge de la masse, tant qu'elles ne sont pas acquittées. Ce sont notamment : 1° Les dettes corrélatives à l'actif acquis par la communauté dès le jour du mariage (art. 1409-1° — art. 1410-1°) ou au cours du mariage (art. 1411 à 1418 — 1409-3°, 4° 5°). 2° Les dettes nées du chef du mari au cours de la communauté et qui, à raison de ses pouvoirs étendus et de la confusion entre ses mains de la communauté avec son patrimoine propre, peuvent être poursuivies contre la communauté, sans qu'il y ait à distinguer entre celles qui intéressent la masse commune et celles qui n'intéressent que le mari personnellement (1409-2°). Ces dernières dettes n'entrent que provisoirement en

(92) Cf. PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n°s 462-475.

communauté, les créanciers ont un droit de poursuite sur les biens communs, mais dans les rapports entre époux la dette est personnelle au mari qui en doit récompense : c'est le cas pour les amendes pénales par lui encourues (art. 1424), pour les dépenses relatives à ses biens propres (art. 1409-1° *in fine*) ou contractées dans un intérêt personnel (art. 1437), en faveur notamment d'un enfant du premier lit (art. 1469). 3° Les dettes de la femme ne grèvent la communauté qu'au cas où l'épouse a été autorisée par le mari à les contracter (art. 1409-2°) comme mandataire dûment autorisée ou agissant conjointement et solidairement avec lui. La femme qui s'est engagée en dehors de toute intervention du mari, même autorisée de justice, en dehors des cas prévus par l'article 1427 du Code civil, ne peut grever la communauté ⁽⁹³⁾.

Un troisième élément du passif de la masse indivise est souvent constitué par le préciput en deniers dont l'un des époux, généralement le survivant, bénéficie aux termes du contrat de mariage (art. 1515 C. civ.). Ce prélèvement d'une somme d'argent est le plus souvent un gain de survie qui ne profite à l'époux survivant qu'après le décès de son conjoint, quelle qu'ait été la cause de dissolution de la communauté (art. 1518 C. civ.). Si le préciput a été stipulé au profit d'un époux nommément désigné et sous condition de survie, il ne s'ouvre qu'au cas de survie de ce conjoint.

Le préciput est-il pur et simple, il s'ouvre dès la dissolution de la communauté, quelle qu'en soit la cause. Il grève la masse dès le jour de la dissolution, sous réserve toutefois de la déchéance de l'article 299 du Code civil. L'époux contre qui est prononcé le divorce ou la séparation de corps perd cet avantage matrimonial ⁽⁹⁴⁾.

(93) Voir sur tous ces points PLANIOL, RIPERT et NAST: VIII, n°s 295-375.

(94) Cf. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n°s 883 et s.

CHAPITRE II

Le cours de l'indivision

La conciliation de deux tendances doit être recherchée au cours de l'indivision.

La tendance individualiste, d'une part, permet à tout indivisaire d'user des prérogatives que lui confère sa quote-part dans la communauté dissoute. Cette quote-part, qui figure dans son patrimoine personnel, est purement nominale, son contenu et sa valeur ne seront déterminés qu'au jour de la liquidation. L'indivision durant, chaque époux est censé indivisaire de moitié, mais ce chiffre ne correspond qu'à l'apparence, il est possible qu'il soit réduit à rien si les prélèvements de l'autre époux absorbent tous les éléments de la masse. Cette quote-part ne permet pas moins de participer au cours de l'indivision à l'usage et à l'administration des biens indivis, de tirer du crédit par la cession ou l'hypothèque qui peut en être consentie, et enfin de provoquer le partage.

Mais, aussi longtemps que la communauté n'est pas liquidée, ses divers éléments ne se confondent pas dans le patrimoine personnel des indivisaires avec les biens propres de ceux-ci, ils continuent de former un ensemble cohérent et autonome, une masse, dont il importe d'assurer l'intégrité jusqu'au partage. Aussi bien, la jurisprudence ne manque-t-elle pas d'affirmer une tendance unitaire : Les modifications et les accroissements qui

surviennent au sein de la masse indivise n'ont pas leur incidence sur le patrimoine propre des divers ayants droit ; ces transformations n'ont d'effet qu'au regard de la masse envisagée comme une véritable universalité de droit. Les règlements de compte de la masse avec les indivisaires et les tiers ne relèvent pas de l'action individuelle des divers intéressés, la jurisprudence les incorpore à la masse, ou elle tend le plus possible à les faire assurer par la masse elle-même.

C'est la conciliation jurisprudentielle de ces deux tendances, et la part faite à chacune qu'il nous faut étudier. Nous examinerons successivement : 1° Les transformations de la masse au cours de l'indivision ; 2° Les rapports des indivisaires et de la masse. 3° Les rapports des indivisaires avec les tiers.

La prédominance de l'idée de masse sur celle de quote-part accusera une conception plus stable de l'indivision. Elle permettra de simplifier le fonctionnement de l'indivision et d'assurer une plus stricte égalité entre copartageants.

SECTION I. — Les transformations de la masse au cours de l'indivision

Le contenu de la masse n'est pas immuablement fixé au jour de la dissolution de la communauté. La masse a cessé dès lors d'être une universalité ouverte, susceptible de s'enrichir d'acquisitions d'ordre externe, son bilan a été établi sur la base des éléments existants à la dissolution, mais il n'est pas certain que tous ses éléments se retrouveront identiques au jour du partage. L'observation des faits montre qu'on est en présence d'une « masse fluide à contenu mobile au sein de laquelle se réalisent des phénomènes d'accroissement et de remplacement » (1). Les transformations se produisent nécessairement. Elles peuvent résulter des conventions de mariage qui ont prévu, dès la dissolution, le prélèvement facultatif de certains éléments moyen-

(1) SIESSE, *op. cit.*, p. 122.

nant indemnité. Elles sont la conséquence naturelle de l'accroissement des produits et des fruits qui dépendent de la masse. Elles résultent enfin du principe de la subrogation réelle, qui joue dans toute universalité et permet de substituer dans la masse les éléments acquis en remplacement de ceux qui en sont sortis.

§ I. — LES PRÉLÈVEMENTS FACULTATIFS MOYENNANT INDEMNITÉ

Il est très fréquent qu'une clause du contrat de mariage donne à l'un des époux, en général au survivant, le droit de prélever à la dissolution de la communauté certains éléments de la masse indivise, qu'il conserve à titre de propres, sauf à tenir compte à la masse de leur valeur estimative. Ces clauses qui concernent principalement le mobilier, les annexes de biens propres, sont de style dans les contrats pour les établissements commerciaux, industriels, agricoles, financiers ou pour les droits sociaux dans de tels établissements (2). L'exercice de ces prélèvements, dont l'effet remonte toujours à la dissolution de la communauté, réalise la première transformation de la masse : Il pose à ce sujet deux questions : quand y aura-t-il ouverture du droit au prélèvement ? Quel sera l'effet de ce prélèvement, quelle valeur doit être substituée dans la masse aux éléments ainsi isolés, pour en maintenir l'équilibre ?

La première question se pose du fait que la communauté peut être dissoute par le décès d'un époux ou, par anticipation, du vivant des deux époux. La clause a-t-elle prévu le prélèvement pour ces divers modes de dissolution ? L'ouverture du droit au prélèvement est généralement subordonnée à la condition que la communauté sera dissoute par le décès d'un époux, le bénéfice du prélèvement est réservé à l'époux survivant (3). Mais il n'est pas impossible que la clause ait prévu un droit de prélève-

(2) Dans la mesure toutefois où les statuts sociaux ne font pas obstacle au prélèvement des parts sociales par l'époux survivant.

(3) CAPITANT: *De la clause donnant au survivant des époux la faculté de prélever le fonds de commerce exploité par eux. Revue Critique*, 1927, p. 21 et s. *Rev. Crit.*, 1929, loc. cit., n° 12.

ment pur et simple, quelle que soit la cause de dissolution de la communauté, au profit exclusif de l'époux chargé de l'exploitation (4). Faut-il, lorsque la communauté est dissoute par divorce ou séparation de corps, considérer la clause de prélèvement comme l'un des avantages visés par les articles 299 et 300 du Code civil, et décider que l'époux contre lequel a été prononcé le divorce ou la séparation de corps perd le droit d'exercer le prélèvement? On a tendance à considérer aujourd'hui (5) que cette clause, qui ne contrarie pas dans la répartition de l'actif commun l'application du principe d'égalité, ne constitue pas un avantage matrimonial au sens propre du mot. L'époux coupable n'est donc pas de plein droit déchu du droit au prélèvement, il faudra, à cet effet, que la clause stipule cette déchéance et limite le bénéfice au profit de l'époux contre lequel n'existe aucun jugement de divorce ou de séparation de corps passé en force de chose jugée.

Le droit au prélèvement ouvert, son bénéficiaire n'est pas tenu de l'exercer, un délai de trois mois lui est ordinairement fixé pour son option, et son silence, aux termes de la clause, s'interprète dans le sens de la conservation à titre de propre. Peu importe, d'ailleurs, le moment de cette décision, son effet remonte toujours à la dissolution. Le prélèvement s'analyse alors en une véritable opération commutative : Les biens prélevés sont soustraits de la masse et attribués par anticipation à l'époux bénéficiaire de la clause : La gestion du fonds ou de l'établissement prélevé relève désormais de la seule activité de cet époux et non de celle des indivisaires, les bénéfices produits lui sont personnels. L'attribution des effets prélevés est définitivement réglée

(4) PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 887-890 (texte et note 1). Voir aussi NAST : *Rev. Crit.*, 1925, Comment. sur Req., 8 novembre 1922, p. 273. MACHÉREAU : *Les prélèvements facultatifs moyennant indemnité*. Thèse Paris, 1908.

(5) CAPITANT : *Rev. Crit.*, 1927, loc. cit. n° 14. VIALLETON, note sous Civ., 16 décembre 1925, S. 1926, 1, 169. *Contra*: MACHÉREAU, thèse précitée, p. 74. BÉHIN : *De l'attribution des fonds de commerce à la dissolution de la communauté*. Thèse Lille, 1925, p. 72. CROIZAT : *La notion d'avantage matrimonial* : *Rev. Crit.*, 1928, p. 207. VIGNANCOUR : *Les fonds de commerce dans les rapports entre époux*, Thèse Paris, 1928, n° 93 bis. Ces auteurs tiennent compte de l'intention qui a inspiré la clause : l'intérêt de l'attributaire, et assimilent la clause de prélèvement à celle de préciput.

et ne peut être remise en question au moment du partage. Au regard de la masse, ce prélèvement produit l'effet « d'une subrogation réalisée sur des bases équitables, dans la composition de la masse commune, où le fonds de commerce est remplacé par sa valeur » (6). Une créance contre l'époux est substituée aux biens prélevés. On ne peut qualifier cette créance de récompense due par l'époux à la communauté, puisque cet époux n'est devenu redevable envers la masse que postérieurement à la dissolution, mais elle se règlera par le même procédé que les récompenses, au jour de la liquidation. Il n'y aura pas de remboursement effectif à la masse, puisque l'époux qui a prélevé a des droits à faire valoir dans cette masse ; il rapportera à la masse, suivant les règles admises pour le paiement des récompenses dues à la communauté (art. 1468) et le rapport des dettes (art. 829), la dette dont il est redevable, et il sera alloti par imputation de sa dette sur sa part dans la masse commune ; c'est le procédé général du rapport en moins prenant. Si la somme dont il est redevable excède sa part dans la masse, il devient débiteur personnel de l'excédent, et pour le paiement de cet excédent, la clause du contrat de mariage prévoit des délais de paiement et stipule des intérêts payables à compter de la dissolution.

Il nous semble qu'en faisant courir les intérêts pour le seul reliquat du prix d'estimation des biens prélevés sur la part de l'époux, la clause donne à l'époux bénéficiaire un avantage excessif, et rompt l'équilibre nécessaire à l'égalité des copartageants. Partant du principe que les prélèvements moyennant indemnité n'ont pas pour effet d'assurer à leur bénéficiaire un avantage pécuniaire, mais seulement la conservation de certains biens, nous estimons que la créance qui résulte du prélèvement, au profit de la masse, doit produire intérêt pour sa totalité (7). Cette créance, de même que les créances de la masse antérieures à la dissolution, ou les créances de la masse héréditaire con-

(6) VIALLETON, note S. 1926, 1, 170, col. 2, précitée.

(7) Cf. MACHÉREAU, *op. cit.*, p. 108. Voir aussi CAPITANT, *Rev. Crit.*, 1929. Loc. cit. n° 26. « Il n'y a pas de raison plausible de distinguer entre les récompenses ou dettes de l'époux envers la communauté et celles qui naissent au cours de l'indivision. »

tre un héritier, est un élément de la masse, et comme elles, doit emporter intérêts (arg. art. 1473, 856 C. civ.). Il est juste d'ailleurs que la masse qui s'est appauvrie de l'élément prélevé, productif de bénéfices, comprenne en compensation un autre élément productif.

On objectera qu'il est inutile de faire courir ces intérêts pour la part qui revient à l'époux qui a prélevé, puisqu'en fin de compte ces intérêts doivent lui revenir. Mais c'est là ne pas tenir compte du fait que la créance qui résulte du prélèvement est un élément d'une masse, que, dans cette masse, d'autres biens peuvent ne pas être productifs de revenus, ou produire des revenus inférieurs. La part de chaque époux étant déterminée au moment du partage, calculée sur la masse accrue de tous les fruits et revenus, les intérêts de la créance née du prélèvement viendront ainsi grossir les parts de chaque époux, et profiter pour partie à l'autre conjoint ou ses représentants. Une fois le partage opéré, si l'époux qui a prélevé est débiteur d'un reliquat qui excède sa part dans la masse, il devient comptable des intérêts de ce reliquat à dater du partage. Jusqu'à ce jour, l'ensemble de sa dette aura produit intérêt pour la totalité. Ce système permet d'assurer l'égalité des copartageants.

A côté de ces prélèvements qui résultent de conventions matrimoniales, la loi et la jurisprudence admettent des prélèvements de plein droit.

La loi du 5 décembre 1922 (art. 81) qui a codifié la législation des habitations à bon marché donne aux héritiers ou au conjoint survivant (8), copropriétaire de moitié, la faculté de reprendre l'immeuble sur estimation, afin d'éviter la licitation de l'habitation familiale (9). Une disposition équivalente de la loi du 12 juillet 1909 sur le bien de famille insaisissable (art. 19)

(8) Un arrêt de la Cour de Limoges du 10 octobre 1923. D. P. 1924, 2, 163. Note NAST, Comment. de cet auteur dans *Rev. Crit.*, 1925, p. 270, a admis le bénéfice de cette disposition au cas de dissolution de la communauté du vivant des deux époux.

(9) La loi du 13 juillet 1928, dite Loi Loucheur, qui a développé les habitations à bon marché, va rendre plus fréquent le jeu de ce prélèvement.

accorde le même bénéfice au profit exclusif du conjoint survivant qui habite la maison ⁽¹⁰⁾.

Le prélèvement de plein droit est de même accordé par la jurisprudence au titulaire de l'office ministériel qui, pour des motifs d'ordre public, ne doit être privé de son office, ni obligé de le vendre (Req., 6 janvier 1880, précité). Mais cette solution est propre à l'office ministériel, elle ne peut, par analogie, être étendue aux professions qui comportent une clientèle personnelle. En l'absence de clauses de conservation, de tels fonds continuent à faire partie de la masse, et les bénéfices qu'ils produisent s'y ajoutent. Le caractère personnel n'aura d'effet qu'au moment du partage pour servir d'indication dans la composition des lots ; il permettra d'éviter la licitation et d'attribuer à son titulaire le fonds ou la part personnelle. Le prélèvement est plus qu'un titre d'indication pour la composition des lots, il substitue une créance au fonds prélevé, et les intérêts de cette créance aux bénéfices que le fonds aurait laissés à la masse.

§ II. — L'ACCROISSEMENT DES PRODUITS ET DES FRUITS

Le principe général de l'accession posé par les articles 546 et suivants du Code civil explique que tous les fruits et produits des éléments qui composent la communauté dissoute accroissent à la masse indivise. Ce principe traditionnel en matière successorale, connu déjà du Droit romain avec la règle *Fructus augent hereditatem* du Sénatus Consulte Juventien, est appliqué à l'indivision héréditaire ⁽¹¹⁾.

Le seul fait que la communauté dissoute continue de former une masse explique que les produits et revenus, qui ont leur source dans les biens de cette masse, lui profitent : l'accessoire

(10) Le bénéfice de cette loi, complétée par la loi du 14 mars 1928, vient d'être accordé aux artisans par la loi du 22 février 1931 (J. O., 23 février 1931) et admet la constitution d'un tel bien jusqu'à concurrence de 40.000 francs.

(11) Voir SIESSE, *op. cit.*, p. 124 et s. CAPITANT: *Rev. Crit.*, 1924, *loc. cit.*, p. 27 et s. PLANIOL, RIPERT, MAURY et VIALLETON, T. IV, n^{os} 471 et s., et les références citées par ces auteurs.

suit le principal. La quote-part de chaque ayant droit n'a pas pour effet de permettre une répartition immédiate de ces fruits. Chaque indivisaire recevra en partage, sa part dans la masse accrue de sa part de fruits. Cet accroissement des fruits entraîne l'établissement d'un nouveau bilan au jour du partage (12), mais il constitue une mesure de garantie pour l'époux créancier ; les biens sur lesquels il exercera ses prélèvements se trouvent augmentés d'autant.

Il y a des exceptions à cette règle générale : Les unes résultent de la loi : L'auteur survivant qui a fait inventaire exerce son droit de jouissance légale sur les fruits et revenus des biens de ses enfants âgés de moins de dix-huit ans (art. 384. C. civ.). Le conjoint, usufruitier de la masse pour sa totalité, fait alors siens tous les revenus, il n'y a indivision que pour la nue-propriété. L'article 767 C. civ. donne au même conjoint un droit d'usufruit du quart sur la succession de l'époux prédécédé, cet usufruit, qui était confondu avec celui résultant du droit de jouissance légale, s'exerce lorsque les enfants recouvrent leur droit aux fruits. Il est fréquent que le droit d'usufruit du conjoint soit plus étendu en vertu d'une disposition entre vifs ou testamentaire de l'époux décédé dans les limites de la quotité disponible (art. 1094 C. civ. modifié par la loi 3 décembre 1930). Ou bien une clause du contrat de mariage a attribué à l'époux survivant l'usufruit total de la part de l'époux décédé dans la communauté (art. 1525 C. civ.). Souvent, les indivisaires porteront d'eux-mêmes atteinte à la règle de l'accroissement des fruits, en stipulant un partage provisionnel, ils conviendront de partager les fruits proportionnellement à leur part dès avant le partage, supprimant ainsi tout compte de fruits. Le partage provisionnel est généralement consécutif à une convention d'indivision, il est possible, même en présence d'enfants mineurs (art. 466, 840 C. civ.).

Ces exceptions mises à part, la règle de l'accroissement des produits et des fruits est générale : Il n'y a pas à distinguer entre les produits extraordinaires et les revenus périodiques : tous

(12) Cf. Paris, 1^{er} décembre 1892. D. P. 1894, 2, 155 et la note.

ces biens ont leur source dans la masse, ils doivent lui revenir. Les lots ou primes de remboursement afférents à une obligation indivise, le trésor trouvé sur un bien indivis viennent en grossir l'actif. Le bénéfice de spéculations entreprises par un indivisaire de l'assentiment de tous les intéressés ou de sa seule initiative accroît de même à la masse ⁽¹³⁾. Les revenus périodiques, fruits naturels perçus, fruits civils échus, constituent les éléments principaux qui continuent d'alimenter régulièrement la masse. Il n'y a pas de difficulté à leur sujet puisque ces fruits sont produits sans le concours appréciable des indivisaires.

Il en va autrement pour les bénéfices des exploitations commerciales, industrielles et agricoles ; la difficulté provient de ce que les revenus de ces entreprises sont, pour une part appréciable, le résultat du travail personnel de l'époux exploitant et qu'à dater de la dissolution, les produits du travail personnel sont exclus de la masse commune. Mais, d'autre part, sans un fonds établi, ces bénéfices n'auraient pu être obtenus, il n'est pas inexact de dire qu'ils représentent des fruits des biens indivis. La conciliation de ces deux idées n'est pas impossible, il faudra distinguer dans l'attribution des bénéfices la part afférente au capital indivis représenté par le fonds, et la part afférente à l'activité personnelle de l'exploitant ^(13 bis). « Il est vrai de dire que ces bénéfices correspondent à une notion de fruit, mais pour partie seulement, car l'autre partie provient du travail personnel de l'individu, i. e. d'une cause étrangère à toute

(13) CAPITANT: *Rev. crit.*, 1929, loc. cit., n° 28.

(13 bis) Un problème analogue se pose au sujet des bénéfices commerciaux réalisés par la femme qui, aux termes de la loi du 13 juillet 1907, font partie de son patrimoine réservé. Lorsque le fonds de commerce a été constitué avec des deniers communs ou propres aux époux, ou lorsque le mari a abandonné à la femme l'exploitation d'un fonds de commerce commun, n'y a-t-il pas lieu de faire une ventilation dans les bénéfices commerciaux, de distinguer la part due à l'activité personnelle de la femme et la part représentative de l'intérêt du capital prêté. Seule la première aurait la qualité de bien réservé. Il est, en pareil cas, impossible de discriminer la part afférente au travail personnel et celle afférente au capital. Entre le facteur personnel et le facteur pécuniaire se produisent une pénétration et une action réciproque constante. On décide généralement que les bénéfices commerciaux entrent intégralement dans le pécule réservé. Cf. P. Guyot: *L'activité économique de la femme mariée et ses conséquences juridiques*. Thèse Dijon, 1910, p. 236 et s. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 1333.

notion de fruit » (14). En pratique, le travail personnel sera rémunéré par un traitement. Réserve faite de cette rémunération (15), les bénéfices nets réalisés au cours de l'indivision doivent profiter à la masse. C'est la seule solution logique, les fruits suivent le sort du bien dont ils dépendent ; l'époux gérant n'est pas fondé à réclamer le bénéfice exclusif des opérations qu'il a entreprises sur un fonds qui ne lui appartient pas. Pour faire valoir de telles prétentions, il n'a qu'à demander le partage et se faire attribuer le fonds.

La jurisprudence a souvent affirmé que les bénéfices des exploitations indivises accroissent à la masse, appuyant ses décisions sur les articles 1401-2° et 1476 du Code civil (16). Mais, craignant d'être trop affirmative, elle apporte au principe qu'elle pose un important tempérament dont il importe de préciser l'origine et la portée.

La Cour suprême, cherchant à faire la part du travail personnel, dans les bénéfices d'une exploitation indivise, a d'abord

(14) THALLER: *Annales Dr. Com.*, 1896, p. 194: Si les bénéfices du commerce sont ou ne sont pas des fruits.

(15) L'objection que l'on peut tirer de la qualité de mandataire de l'époux exploitant, et de la gratuité du mandat ne tient pas, puisque le mandant doit rendre le mandataire indemne de toute perte dans sa mission (art. 1999-2.000 C. Civ.). Sinon, la masse s'enrichirait injustement aux dépens du gérant.

(16) L'art. 1401 détermine la composition de la communauté: en l'invoquant on semble admettre que la communauté continue jusqu'au partage, ce qui est inexact. L'article 1476 renvoie au Titre des Successions pour tout ce qui a trait aux formes et effets du partage, et donc à la règle: *Fructus augent hereditatem*. En ce sens: Civ., 20 juillet 1858, D. P. 58, 1, 414, S. 58, 1, 748; Civ., 24 nov. 1869, D. P. 70, 1, 25, S. 70, 1, 72; Civ., 24 avril 1884, D. P., 84, 1, 329, S. 86, 1, 294; Civ., 1^{er} juin 1891, D. P. 92, 1, 212, S. 91, 1, 401; Civ., 23 mai 1905, D. P. 1906, 1, 369. Note BOUTAUD, S. 1906, 1, 177. Note TISSIER. P. F. pér., 1905, p. 361. Req., 27 janvier 1926, D. P. 1927, 1, 169, note NAST, S. 1926, 1, 110. Paris, 1^{er} décembre 1892, D. P. 94, 2, 155; 21 février 1893, D. P. 93, 2, 465, note PLANIOL, S. 1894, 2, 199. 29 juin 1927, note CAPITANT, précité. D. P. 1927, 2, 161. *Journ. Soc.*, 1928, 469. 28 avril 1924, *Journ. des Not.*, 1924, p. 694. Bruxelles, 19 janvier 1926. Pasier, 1926, II, 69, précité. Caen, 29 juin 1928. Rec. Rouen et Caen, 1929, 2, 5. Trib. Civ. Yvetôt, 3 mars 1921. D. P. 1922, 5, 6. Gaz. Pal., 1921, 2, 202. Trib. Civ. Rouen, 25 mai 1925. D. H. 1925, 570. Trib. Civ. Marseille, 26 juillet 1927. Gaz. Pal., 1927, 2, 851. Contra: Paris, 18 janvier 1927, précité. Note CAPITANT, D. P. 1928, 2, 145. Voir BAUDRY-LACANTINIERE, LE COURTOIS et SURVILLE, T. II, n° 1082. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 780. CAPITANT: *Rev. Crit.*, 1929, loc. cit, note 39.

décidé (Req., 19 nov. 1851, D. P., 1851, 1, 315; S., 1851, 1, 32) de n'accorder à la masse que le produit des opérations qui seraient le résultat et la conséquence nécessaire de marchés conclus au cours de la communauté. Dans l'espèce d'une entreprise de travaux publics, dont les marchés à série de prix se réglaient chaque quinzaine, elle a considéré comme distinct chaque marché passé par le mari, et n'a accordé à la masse que le bénéfice du marché en cours à la dissolution de la communauté. Le profit des marchés postérieurs a été exclusivement réservé au mari, les opérations entreprises relevant de sa seule activité. Ce critérium était difficilement applicable dans les entreprises commerciales notamment, où l'on ne peut dire à propos de chaque marché, qu'il constitue la liquidation d'opérations antérieures à la dissolution ou une opération nouvelle. La Cour de Cassation ne pouvait dire que le gérant ferait son profit exclusif de toute opération qui n'était pas la simple liquidation d'une opération antérieure à la dissolution ; mais retenant l'idée de conséquence nécessaire, de suite nécessaire, elle posait la distinction suivante : Toute opération rentrant dans l'exploitation normale, dans le fonctionnement habituel du fonds se rattache à la masse, toute opération nouvelle, d'une nature différente de celles antérieurement entreprises est personnelle à son auteur, qui en a pris l'initiative à ses risques et périls. Puis, à cette idée d'opération toute nouvelle, la Cour suprême a ajouté celle de connaissances spéciales, d'aptitudes particulières, de qualités personnelles, pour donner la formule suivante : « L'époux qui gère, après la dissolution de la communauté, un fonds de commerce indivis ne peut prétendre à la totalité ou même seulement à une part proportionnelle des bénéfices réalisés par lui dans sa gestion, ces bénéfices tombent en communauté pour être partagés entre les époux, à moins que le gérant ne se soit livré, pour son compte et à ses risques et périls, à des opérations toutes nouvelles ne rentrant pas dans le fonctionnement habituel de l'entreprise, mais exigeant une initiative, des connaissances spéciales et un travail qui lui soit propre » (17).

(17) Civ., 24 avril 1884, précité. Civ., 11 mars 1891. D. P. 91, 1, 297. S. 91, 1, 264. Civ., 23 mai 1905, précité. Req., 27 janvier 1926, précité. Paris, 21 fé-

Que penser de ce double tempérament jurisprudentiel ? Il est emprunté pour partie à l'article 1868 du Code civil, du Titre des Sociétés (18), aux termes duquel l'héritier de l'associé décédé ne participe aux droits ultérieurs à la dissolution de la société qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède. L'analogie de situation peut être retenue pour les bénéfices d'une industrie propre à l'époux survivant ; cette industrie est étrangère à la masse, de même que la société qui se continue en dehors de l'héritier est un tiers par rapport à ce dernier : Le critérium de l'article 1868 du Code civil a sa raison d'être, lorsqu'une cloison étanche sépare deux patrimoines, il permet une ventilation équitable des bénéfices produits par l'un de ces patrimoines au profit de l'autre. Il est, au contraire, mal fondé à l'intérieur d'une masse indivise. La distinction entre les opérations normales, suite nécessaire de celles précédemment entreprises et les opérations toutes nouvelles est pratiquement très difficile à appliquer : « Une question de droit, l'attribution des bénéfices d'une exploitation indivise, sera résolue par la considération d'un fait sur lequel les avis seront toujours variables : le degré d'initiative apportée par l'époux dans l'exploitation du fonds » (19). Devant l'incertitude de la solution jurisprudentielle, deux systèmes ont été proposés :

M. Planiol (20), recherchant une formule juridique plus stable, aboutit à cette conclusion radicale que les bénéfices doivent en totalité rester propres à l'époux exploitant. Dans l'exercice d'une telle profession, cet époux ne peut être assimilé au gérant de la masse qui encaisse, pour le compte de ses coindivisaires, les loyers, intérêts, dividendes et autres revenus de la masse. Les

vrier 1893, précité. Caen, 29 juin 1928, précité. Req., 23 juin 1924, S. 1926, 1, 253. Pour l'application de cette distinction aux sociétés de personnes, Cf. REDAUD, thèse précitée, Paris, 1929, n° 157, p. 199. Les bénéfices de la part d'intérêt indivise resteraient propres à l'époux associé, au cas d'opérations nouvelles non prévues aux statuts et décidées par l'unanimité des associés.

(18) CAPITANT: *Rev. Crit.*, 1929, loc. cit. n° 27. GUILLOUARD: *Contr. de mar.*, III, n° 1329.

(19) PLANIOL, note sous Paris, 21 février 1893. D. P. 1893. 2. 465.

(20) Note précitée.

effets bons ou mauvais des opérations qu'il entreprend ne concernent que lui seul; en cas de faillite il est seul tenu du passif nouveau. Le résultat de ses spéculations est indivisible, les bénéfices doivent lui rester propres, comme les pertes qu'il subit. C'est ainsi nier l'existence de l'indivision et faire du gérant un véritable propriétaire. Un tel résultat ne se défend pas : le bénéfice d'opérations entreprises sur des biens indivis doit profiter à l'indivision. Certes, si l'exploitant vient à appauvrir la masse, il est redevable des dettes qu'il a contractées de son propre chef, sans mandat de ses coindivisaires, il s'est engagé personnellement. Mais, si la faillite vient à être déclarée, les autres ayants droit à la masse subissent les conséquences de cette mauvaise gestion, ils sont privés du fonds, qui devient le gage des créanciers du failli. Supportant ainsi les risques, la masse doit recueillir le profit.

D'autres auteurs ⁽²¹⁾ ont cherché une solution plus conciliante: L'exploitation toute nouvelle de l'entreprise, ou les connaissances spéciales de l'époux exploitant auraient pour effet d'inverser la règle de l'accroissement des fruits à la masse; la rémunération du travail personnel serait au premier plan. Les opérations d'une nature nouvelle ou exigeant des connaissances spéciales seraient exclusivement au profit ou à la perte de l'époux exploitant; mais ce dernier, pour éviter tout enrichissement injuste aux dépens de la masse, lui devrait compte du loyer des bâtiments occupés ou du matériel dont il a conservé la jouissance exclusive. Il nous semble difficile d'admettre cette solution. En acceptant que l'époux exploitant puisse, de sa seule initiative ou grâce à ses connaissances personnelles, faire siens les produits d'une exploitation indivise, sauf récompense souvent infime, on arrive à lui donner des avantages se rapprochant de ceux qui résultent du prélèvement.

Nous sommes ainsi amené à repousser la distinction de la jurisprudence entre les bénéfices résultant du fonctionnement normal de l'entreprise, et ceux qui sont dus à des opérations

(21) BOUTAUD, TISSIER, notes précitées. Rapp. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 781.

nouvelles ou aux qualités personnelles. La ligne de démarcation entre ces deux catégories de bénéfices ne peut être tracée qu'arbitrairement (22). D'autre part, on ne peut perdre de vue que l'exploitation, fût-elle transformée ou développée, continue de faire partie de la masse et que l'époux exploitant n'en est que le gérant : en cette qualité l'époux exploitant peut prétendre à un salaire approprié, qui sera la juste rémunération de son travail et de ses aptitudes personnelles, des soins et du temps consacrés à la gestion. Aussi bien, le pharmacien qui continue l'exploitation de l'officine indivise, l'architecte, l'agent d'assurances dont le cabinet et le portefeuille étaient communs, n'ont droit qu'à un traitement sur les bénéfices du fonds indivis (23). Nous avons constaté que la jurisprudence n'adhère pas complètement à cette formule, nous croyons toutefois que l'attribution au gérant d'un salaire prélevé sur les bénéfices revenant à la masse, permet seule aux juges du fond d'adopter une règle stable, à l'abri de tout arbitraire. La fixation du traitement de l'indivisaire gérant n'entraînera pas de difficultés lorsque tous les intéressés seront d'accord. En cas de conflit, les juges du fond se baseront sur le salaire qui eût été donné à un tiers gérant, ou sur celui d'un gérant dans une société à responsabilité limitée. Ils tiendront compte du logement dont le gérant bénéficie souvent et qui constituera une partie de sa rémunération. Au cas d'une gestion fructueuse, l'équité conduit à accorder un traitement supérieur au salaire normal d'un gérant ordinaire.

Outre les bénéfices des exploitations commerciales, agricoles et industrielles, la masse indivise se trouve accrue des intérêts des créances antérieures à la dissolution et de celles qui nais-

(22) La Cour suprême se contente d'énoncer une formule qu'elle n'a pas à appliquer. L'appréciation de la nature des opérations réalisées dans leurs rapports avec l'ancienne exploitation est une question de fait souverainement tranchée par les juges du fond. Civ., 23 mai 1905, Req., 27 janvier 1926, précités.

(23) Contra: AUBRY et RAU, VIII, § 513, note 5. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 781. L'époux qui exerce une profession personnelle aurait le droit de conserver exclusivement les bénéfices réalisés, sauf indemnité à la masse du loyer de l'immeuble et des intérêts de la valeur de l'exploitation.

Cela conduit à un résultat analogue à une reprise à titre de propre, que les mêmes auteurs n'admettent pas (IX, n° 862, note 6, n° 864, note 4), en l'absence de clause.

sent au cours de l'indivision à l'encontre des indivisaires. L'article 1473 du Code civil dit expressément que les récompenses et indemnités dues par les époux à la communauté produisent intérêts de plein droit du jour de la dissolution. De même, les intérêts des créances contre les tiers, aussi longtemps que ces créances ne sont pas remboursées, les arrérages des rentes viagères indivises, les revenus de la propriété littéraire et artistique, grossissent l'actif de la masse. Si tous les revenus des biens communs postérieurs à la dissolution accroissent à la masse, par contre, ils ne produisent pas eux-mêmes intérêts de plein droit. L'époux les recueille au nom de la masse, ses coindivisaires n'en sont pas créanciers, mais copropriétaires (24). Il en va autrement lorsque l'époux qui a perçu les fruits, les emploie à son usage personnel, il les détourne de ce fait de la masse, et se rend débiteur à son égard, à compter du jour où il utilise ces revenus pour son compte exclusif. L'un des indivisaires qui détériore un bien indivis, celui qui a la jouissance exclusive d'un loyer, alors que le droit au bail fait partie de la masse (25), deviennent débiteurs de la masse au cours de l'indivision. La jurisprudence décide que l'indivisaire qui se rend débiteur devient de plein droit redevable des intérêts de sa dette (26) : L'article 1846 du Code civil, alinéa 2, du Titre des Sociétés lui fournit à ce sujet un argument d'analogie en décidant que l'associé qui a pris des sommes dans la caisse sociale pour son profit personnel devient débiteur des intérêts à partir du jour où il les en a tirées pour son profit particulier. Elle tient compte aussi de ce que les dettes des indivisaires sont, comme les récompenses, rapportables à la masse (art. 1468 C. civ.) et doivent produire intérêts de plein droit du jour où elles ont pris naissance. Nous

(24) Paris, 29 juin 1927, précité. D. P. 1927, 2, 161. Note *CAPITANT in fine*.

(25) Dijon, 7 décembre 1925. Gaz. Pal., 1926, 1, 261. S. 1926, 2, 26.

(26) Civ., 20 juillet 1858. D. P. 1858, 1, 414. S. 1858, 1, 748. Civ., 15 février 1865, D. P. 1865, 1, 430. S. 65, 1, 425. Civ., 1^{er} juin 1891, D. P. 1892, 1, 212. S. 1891, 1, 401.

Paris, 10 août 1861. S. 62, 2, 97. Besançon, 1^{er} avril 1863. D. P. 1863, 2, 93. Voir aussi Trib. Civ. Reims, 6 décembre 1929. Gaz. Pal., 1930, 1, 256. La veuve qui a omis dans la déclaration de succession de son mari une somme retirée de la banque postérieurement au décès doit compte aux héritiers de son mari des intérêts au taux légal de cette somme dont elle jouit indûment.

avons appliqué cette règle à la créance née, au profit de la masse, du prélèvement de biens communs.

En contre-partie de l'accroissement des fruits, il est juste de tenir compte de certaines dettes postérieures à la dissolution qui se rattachent à l'administration provisoire et viennent s'ajouter au passif de la masse (27). La loi a prévu certaines de ces dettes : la nourriture et le logement de la veuve pendant les délais pour faire inventaire et délibérer (art. 1465 C. civ.) les frais à engager au début de l'indivision, apposition des scellés, inventaire, les frais de licitation d'immeubles au cours de l'indivision, les frais de liquidation et partage (art. 1482 C. civ.) (28), enfin les intérêts des récompenses dues aux époux par la communauté (1473 C. civ.). A ces obligations légales s'ajoutent les frais d'entretien, de réparation, de gestion des biens communs et toutes les dépenses engagées par l'un des indivisaires dont la masse a retiré un profit : Cet indivisaire devra démontrer que les dépenses par lui contractées ont profité à la masse, et il s'en fera indemniser dans son compte d'administration.

§ III. — LES PHÉNOMÈNES DE SUBROGATION RÉELLE

L'absence de confusion entre les biens qui composent la communauté dissoute et le patrimoine personnel de ses ayants droit a pour conséquence que l'ensemble des éléments indivis forme une masse autonome, une universalité de droit (29). Jusqu'à la liquidation et au partage, cette masse ne doit pas se désagréger, au profit des patrimoines personnels des indivisaires, lors des modifications qui se produisent en son sein. L'institution de la subrogation réelle assure l'intégrité de cet îlot de biens et maintient la cohésion de la masse : ce procédé technique répond à l'idée qu'un bien disparaissant d'une universalité doit y être

(27) PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 788. CAPITANT, *Rev. crit.*, 1929, loc. cit. n° 36.

(28) Ces frais sont à la charge de la masse même au cas de dissolution de la communauté par divorce ou séparation de corps prononcé aux torts et griefs exclusifs d'un époux. Trib. Civ. Tonnerre, 26 octobre 1923. *Gaz. Trib.*, 9 mars 1924.

(29) PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n°s 782 et 799.

automatiquement remplacé par le bien nouvellement acquis, de manière que cette substitution modifie le moins possible la composition de cet ensemble de biens. Il constitue le « ciment » ⁽³⁰⁾ qui permet à la masse de subsister. Dès l'instant qu'un ensemble de biens constitue une universalité juridique, la subrogation réelle assure la substitution des éléments nouveaux acquis en remplacement de ceux qui sont sortis de la masse et cette substitution à l'intérieur de la masse se réalise de plein droit, sans être subordonnée à la volonté des indivisaires et sans qu'un texte de loi vienne la prononcer ⁽³¹⁾. *In judiciis universalibus, pretium succedit loco rei et res loco pretii*.

Les principales modifications qui se produisent, surtout en présence d'indivisions prolongées, entraînent une subrogation du prix à la chose, une subrogation de la chose au prix, et souvent une subrogation au second degré, d'un élément à un autre élément.

Les actes d'aliénation, de destruction ou détérioration, et d'usurpation ont pour effet de substituer à un bien de la masse, le prix de ce bien ou la créance de ce prix. Les licitations d'immeubles sont fréquentes au cours de l'indivision : le prix d'adjudication entre dans la masse pour y prendre la place de l'immeuble et devenir, comme lui, une valeur indivise. L'arrêt solennel des Chambres réunies du 5 décembre 1907 ⁽³²⁾ a reconnu cette subrogation de la créance du prix d'adjudication à l'im-

(30) Voir CAPITANT : *Essai sur la subrogation réelle*. Rev. Trim. Dr. Civil, 1919, p. 385 et s. *De l'Indivision héréditaire*. Rev. Crit., 1924, p. 16, tir. à part. Rev. Crit., 1929, loc. cit., n° 29.

(31) Contra : PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 782, note 1, qui exigent l'intention de remployer chez l'indivisaire qui fait l'acquisition.

Voir aussi Req., 28 février 1899. S. 1901, 1, 31, D. P. 1905, 1, 28 et Rapport de M. le conseiller LETELLIER qui n'admet la subrogation que dans les cas spécialement déterminés par la loi (art. 1434 C. Civ.). L'arrêt reconnaît cependant qu'en présence d'une universalité juridique et d'emploi de sommes indivises par un tuteur agissant en son nom personnel, les pupilles profitent de l'acquisition s'il leur convient d'en réclamer le bénéfice. C'est là une fausse interprétation, l'option n'a pas à jouer, la subrogation est automatique.

En notre sens : Civ., 15 juillet 1890, D. P. 1890, 1, 361, S. 1891, 1, 9, note Lyon-Caen. Voir de même l'art. 1473 B. G. B. qui prévoit le jeu analogue de la subrogation réelle dans la communauté continuée.

(32) D. P. 1908, 1, 113. Conclusions de M. le Pr. Génér. BAUDOUIN, S. 1908, 1, 5, note Lyon-Caen.

meuble licité, et admis que cette créance, bien que n'étant pas née en la personne du défunt, devenait un effet de la masse héréditaire. Elle en a déduit que le créancier qui a hypothèque sur une part indivise ne peut avant le partage exercer son droit de préférence sur la part de son débiteur dans le prix, car le prix de l'immeuble forme bloc et figure tout entier dans la masse héréditaire. Cette solution a été maintenue par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 2 février 1925 (33) qui a statué sur le cas d'un immeuble ayant fait partie de la communauté : le prix de cet immeuble licité à un tiers avait été attribué en partage à la veuve survivante pour sa totalité, la femme du fils coindivisaire se prévalait de son hypothèque légale pour venir par préférence sur la moitié du prix du chef de son mari. La Chambre des Requêtes a déclaré que l'hypothèque légale ne pouvait s'exercer sur cette créance, qui était censée avoir toujours appartenu à la veuve attributaire (art. 883 C. civ.), ce qui est bien admettre que la créance est en totalité subrogée à l'immeuble. En l'espèce, la créance représentant l'immeuble a été tout entière mise au lot d'un indivisaire, l'hypothèque qui existait du chef de l'autre ayant droit est devenue sans objet.

La vente forcée d'un immeuble indivis frappé d'expropriation pour cause d'utilité publique substitue également la créance du prix à l'immeuble. Il faudrait décider, de même, que l'apport qui serait fait à une société, de biens en indivision entre l'auteur survivant et les enfants majeurs ou mineurs (34), entraînerait subrogation aux biens apportés, des actions, parts et autres avantages reçus en rémunération.

La destruction par un incendie d'un immeuble assuré substitue l'indemnité d'assurance à l'immeuble, la détérioration par un indivisaire ou par un tiers d'un objet commun subroge aux

(33) D. H. 1925, 117, D. P. 1926, 1, 57, note SAVATIER, S. 1925, 1, 148. Comment. SAVATIER : *Rev. Trim.*, 1925, p. 397.

(34) Deux arrêts de la Cour de Paris (5 juillet 1925. Rep. génér. du Notariat, 1925, p. 459, 11 avril 1930. Gaz. Trib., 25 nov. 1930), ont validé l'apport en société d'immeubles de mineurs, écartant la formalité de la vente aux enchères publiques. L'apport en société de biens indivis entre l'auteur survivant et les enfants mineurs sera possible après observation des seules formalités des art. 457 et 458, C. Civ.

objets détériorés une créance en réparation du dommage causé. Enfin l'appropriation par l'un des indivisaires de revenus qui auraient dû profiter à la masse fait naître une créance productive d'intérêts qui prend la place des revenus distraits, par application du principe de la subrogation du prix à la chose.

Inversement des objets peuvent être substitués aux créances ou aux deniers de la masse : Un débiteur de la masse paie sa dette avant le partage aux mains de l'époux gérant, ou aux mains de chaque ayant droit (34 bis), les deniers versés prennent la place de la créance, lors même que le débiteur s'acquitterait envers chaque indivisaire. Les valeurs mobilières acquises en emploi de deniers indivis, disponibles entre les mains des indivisaires ou déposés en banque, deviennent automatiquement des éléments de la masse. La volonté des ayants droit n'a pas à intervenir pour définir la nature du bien nouvellement acquis (35). Une application courante de subrogation de la chose au prix se rencontre souvent lorsqu'une exploitation rurale fait partie de la masse indivise : Les nouveaux objets mobiliers, animaux et ustensiles aratoires, acquis au cours de l'indivision en vue d'augmenter l'importance de l'exploitation sont subrogés aux deniers qui ont permis leur acquisition (36). Les bénéfices des spéculations entreprises avec des deniers indivis conservent la même nature que les éléments qu'ils remplacent.

Lorsqu'une chose prend dans la masse la place du prix, il se produit le plus souvent une subrogation à un double degré, les

(34 bis) Nous verrons que la jurisprudence n'admet pas ce paiement fragmentaire aux mains de chaque ayant-droit. Les divers intéressés peuvent toutefois s'entendre avec le débiteur pour une telle répartition de la dette.

(35) Contra: PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 782, note 1 précitée, qui subordonnent la subrogation à l'intention de remployer. Pour ces auteurs, l'indivisaire qui se sert des fonds communs pour faire des achats personnels doit en garder la propriété exclusive « sous réserve de rembourser à la communauté la valeur qu'il a détournée et d'en payer les intérêts à dater du jour où il est devenu comptable de ladite valeur ». Le jeu de la subrogation ne doit pas être subordonné à l'application des règles du remploi. Les conditions exigées pour le remploi s'expliquent par l'existence de la présomption de communauté; il est alors nécessaire d'individualiser les biens propres par des déclarations précises.

(36) Paris, 9 janvier 1924, D. P. 1924, 2, 160. Civ., 20 avril 1928. D. H. 1928, 317. Gaz. Pal., 1928, 295. Comment. NAST, *Rev. Crit.*, 1929. Ex. Doctr., p. 395.

deniers qui ont permis les acquisitions de valeurs nouvelles ou d'éléments nouveaux dans une exploitation, provenaient eux-mêmes de la vente de biens indivis. Une chose a pris la place d'une autre, mais cette substitution est le résultat d'une double subrogation : il n'y a de subrogation directe de chose à chose qu'au cas d'échange.

La subrogation réelle permet ainsi la circulation des biens à l'intérieur de la masse, dont les éléments désormais fongibles sont susceptibles de remplacement. Cet avantage ne lui empêche pas de remplir son double rôle ⁽³⁷⁾ : rôle technique, en maintenant une cloison étanche entre la masse et les patrimoines personnels des indivisaires ; rôle d'équité en sauvegardant les droits des indivisaires et des créanciers de la masse et l'intégrité de leur gage.

SECTION II. — Les rapports des indivisaires et de la masse

La dissolution de la communauté met les époux indivisaires ou leurs représentants en présence d'une masse indivise qu'il faut administrer. Le mari, qui devait à sa qualité de chef de la communauté ses pouvoirs étendus de seigneur et de maître sur les biens communs, n'est plus qu'un copropriétaire ordinaire soumis aux règles du droit commun ; d'autre part, la femme acceptante ou ses héritiers ont acquis des droits égaux aux siens. Devant cette égalité de prérogatives, un concours unanime de la volonté des intéressés est nécessaire, pour que les droits par eux exercés soient aussi forts que ceux d'un titulaire unique. Mais, en fait, n'est-il pas possible d'aménager le fonctionnement courant de l'indivision et d'en faciliter la marche normale, en centralisant la gestion aux mains d'un seul des ayants droit ?

La gérance des biens indivis entraîne des obligations nouvelles à la charge de l'indivisaire gérant ou de la masse. Comment assurer le gérant qu'il sera indemnisé de ses dépenses et, d'autre

(37) CAPITANT, *Rev. Trim.*, 1919, loc. cit. *in fine*.

part, les autres indivisaires qu'ils pourront toujours faire valoir leurs droits, de préférence à celui d'entre eux qui se serait constitué leur débiteur ? La jurisprudence arrive à ce résultat en incorporant au compte ouvert au cours du mariage entre les époux et le patrimoine commun, les créances et les dettes nées à leur profit ou à leur charge au cours de l'indivision. Les procédés de règlement admis pour les récompenses s'appliquent aux rapports de crédit nés entre les époux ou leurs représentants et la masse au cours de l'indivision.

§ 1^{er}. — L'ADMINISTRATION DE LA MASSE INDIVISE

La loi n'a pas donné de solution à ce problème qui ne lui était pas posé, puisque dans son esprit le partage accompagne immédiatement la dissolution. Quelques dispositions (art. 242 et 243 C. civ.) applicables à la séparation de corps (art. 307), concernent les biens indivis pendant l'instance en divorce. Les dispositions légales relatives à la gestion des biens des mineurs s'appliquent, d'autre part, aux biens que ces mineurs ont en indivision avec leur auteur survivant. Lorsque l'indivision est maintenue entre les enfants majeurs et le conjoint survivant, la situation se rapproche d'une indivision purement héréditaire, les règles établies par la jurisprudence pour l'administration des successions indivises trouvent leur application (arg. art. 1476 C. civ.). La gérance de la masse se trouve ainsi être fonction du mode de dissolution de la communauté (38).

A. GÉRANCE DE LA MASSE INDIVISE APRÈS DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ PAR DIVORCE OU SÉPARATION DE CORPS. — La rétroactivité au jour de la demande du jugement de divorce ou de séparation de corps n'a pas pour seul effet d'arrêter la composition de la masse commune, elle porte atteinte aux pouvoirs

(38) L'administration de la masse après dissolution par séparation de biens peut être laissée de côté : En pratique, cette séparation est le plus souvent demandée, en cas de faillite du mari. Les vestiges des biens communs, devenus le gage des créanciers de la faillite, sont alors administrés par le syndic.

exorbitants du mari. La cessation de la vie commune et l'inimitié des époux conduiraient le mari à abuser de tels pouvoirs, pour gaspiller les revenus et aliéner les effets communs. Mais le mari ne continue pas moins d'administrer la masse indivise et les biens propres de la femme jusqu'au prononcé du jugement. Administrateur de ces biens avant l'instance, le mari conserve pendant l'instance cette même qualité qu'aucun texte de loi ne vient lui enlever ; mais la nature de ses pouvoirs est toute différente : Il résulte implicitement de l'article 252 du Code civil, d'après lequel la communauté se dissout dans les rapports entre époux au jour de la demande, que le mari cesse d'être le maître tout puissant des biens communs. Il n'est plus qu'un mandataire légal tenu de rendre compte, au jour du jugement, de son administration (39). Ses pouvoirs sont analogues à ceux que lui accordait l'article 1428 sur les propres de sa femme au cours de la communauté. Tout acte de disposition consenti par lui seul, tout acte d'administration sans caractère d'urgence, excédant les besoins ordinaires, est nul à l'égard de la femme. Le mari, en outre, comptable envers la masse de tous les fruits échus ou perçus depuis l'assignation, et des intérêts de ceux dont il a fait un usage personnel. La femme devrait ainsi être assurée de retrouver dans la masse tous les éléments existants au jour de l'assignation et les fruits produits au cours de l'instance. Il n'est cependant pas certain que toutes ces valeurs seront représentées lors du règlement, car les aliénations et obligations consenties par le mari pendant l'instance, à moins qu'elles ne l'aient été en fraude des droits de la femme, restent valables. La rétroactivité de la dissolution n'est pas opposable aux tiers avec qui a contracté le mari, l'effet des actes passés sans fraude ne peut être remis en question ultérieurement. Le droit de la femme à l'encontre du mari qui a outrepassé ses pouvoirs, se résout en une action en dommages-intérêts pour la réparation

(39) Voir notamment Trib. Civ. Roanne, 27 nov. 1929. *Sem. Jurid.*, 13 avril 1930. *Mon. jug. paix.*, 1930, 131 : Le mari resté en possession de l'actif commun ne peut plus être considéré que comme un gérant tenu de rendre des comptes. BAUDRY, LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 990. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 682. CAPITANT, *Rev. Crit.*, 1929, loc. cit. n° 39.

du préjudice qu'elle subit (1382 C. civ.). Mais le résultat de cette action sera souvent illusoire, car le patrimoine personnel du mari sera souvent insuffisant pour répondre de la condamnation prononcée (40).

Cette distinction des parties et des tiers détruit en partie l'utilité de la rétroactivité : la masse indivise fermée entre époux au jour de l'assignation, demeure ouverte à l'égard des tiers, les pouvoirs du mari ne sont pas limités à leurs yeux, mais seulement au regard de la femme. Devant une restriction aussi insuffisante des pouvoirs du mari, ne peut-on reconnaître aux tribunaux le droit d'enlever l'administration au mari pour la confier à un tiers ? La jurisprudence se refuse à dépouiller le mari de sa qualité d'administrateur légal de la masse pendant l'instance, et n'admet que de partiels tempéraments à cette règle. Elle fait valoir que le mari administre la communauté en vertu d'une délégation légale (art. 1421) qui est d'ordre public (art. 1388 C. civ.), et que la rétroactivité n'ayant lieu qu'entre époux, le mari doit aux yeux des tiers conserver l'administration. D'autre part, le jugement n'étant pas prononcé, on ignore si le Tribunal accueillera la demande. On invoque aussi le caractère limitatif de l'article 1961 du Code civil, relatif aux cas de nomination de séquestre, mais le caractère restrictif de cet article n'est pas prouvé (41). La Chambre des Requêtes (42) a ainsi décidé que « les pouvoirs

(40) On ne saurait assimiler la créance qui résulte de l'action en dommages-intérêts aux créances nées pendant l'indivision à l'encontre d'un indivisaire et qui se règlent par le procédé du prélèvement sur les biens de la masse. Ces dernières créances naissent dans une masse fermée, elles sont subrogées aux biens sortis de la masse. Pendant l'instance en divorce, la masse est encore ouverte aux tiers, le mari en contractant n'engage que sa responsabilité personnelle. La réparation du préjudice subi par la femme est exercée sur le patrimoine personnel du mari.

(41) Cf. PLANIOL, RIPERT et ROUAST, II, n° 615, note 4. BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1070, 3°.

(42) Req., 26 mars 1889, D. P. 1889, 1, 444. Rapport de M. le conseiller FÉRAUD-GIRAUD, S. 1890, 1, 253. Dans cette espèce, la femme demandait la nomination d'un administrateur judiciaire pour la sauvegarde de ses droits dans la communauté, et la conduite du mari justifiait largement cette demande. L'inventaire des meubles révélait l'existence d'une somme de 496 fr., alors que le mari venait de vendre pour un prix de 200.000 francs payé comptant un haras dépendant de la communauté. Le Tribunal de la Seine avait reconnu le bien fondé de la demande, la Cour de Paris et la Chambre

du juge pour prévenir les abus que pourrait commettre le mari dans son administration ne peuvent aller jusqu'à l'en dépouiller complètement, pour en investir un tiers qui serait constitué gérant et administrateur de la masse commune, à l'exclusion du mari ». Mais, tout en continuant d'affirmer que le mari ne peut à titre de mesure générale être privé de la gestion de tous les biens communs, la jurisprudence admet fréquemment que l'administration de certains biens peut, au cours de l'instance, être confiée soit à la femme soit à un tiers séquestre : Elle a ainsi retiré la gestion de certains biens déterminés, lorsque les intérêts de la femme sont mis en péril par l'impéritie et la mauvaise volonté du mari gérant ⁽⁴³⁾, lorsqu'il s'agit d'assurer à la femme le service de sa pension alimentaire ⁽⁴⁴⁾, ou lorsque certaines circonstances particulières viennent justifier le dessaisissement du mari ⁽⁴⁵⁾. Il s'agit fréquemment du fonds de commerce exploité avant l'instance par la femme seule ou en commun par les deux époux. Il n'est pas impossible de prévoir le jour où les exceptions jurisprudentielles annuleront en fait la règle posée par les Tribunaux. Pourquoi retirer au mari la gestion d'un ou de plusieurs biens et lui conserver la qualité d'administrateur légal ? S'il est licite de lui enlever une partie de l'administration, il doit en être de même du retrait total de ses pouvoirs. Cette distinction de la partie et du tout se défend difficilement. Puisque le mari n'est plus pendant l'instance qu'un

des Requêtes n'ont pas admis que le mari fût dépouillé de son pouvoir d'administration.

Dans le même sens : Bordeaux, 11 janvier 1893, D. P. 1893, 2, 518. Paris, 31 juillet 1917 et 24 déc. 1919, D. P. 1920, 2, 74; 23 déc. 1921, D. P. 1922, 2, 8. Poitiers, 15 avril 1924, D. H. 1924, 403. Rabat, 23 mai 1928. *Gaz. Trib. Marocains*, 19 juillet 1928. *Rec. Rabat*, 1928, 424.

(43) Civ., 10 juin 1898, D. P. 1898, 1, 536 ; Rep., 28 juin 1911, D. P. 1914, 1, 56 ; Paris, 31 juillet 1917, précité.

(44) Paris, 29 juillet 1919, D. P. 1920, 2, 75.

(45) Req., 2 mars 1920, D. P. 1921, 1, 71. Req., 11 février 1929. *Gaz. Pal.*, 1929, 1, 709, D. P. 1930, 1, 34 et la note. Il s'agissait en l'espèce d'un bureau de placement géré par la femme seule pendant vingt-trois ans et qui n'était l'objet d'une gestion commune que depuis quelques semaines avant l'instance. La Ch. des Req. reconnaît que la gestion a été à bon droit confiée à la femme.

Voir aussi : Poitiers, 15 avril 1924, précité ; Lyon, 30 décembre 1927. *Mon. Jud. Lyon*, 13 juillet 1928.

administrateur à pouvoirs limités, il doit pouvoir, lorsqu'il abuse de ses droits, être révoqué comme tout mandataire qui s'acquitte mal de sa mission. L'article 944 du Code Procédure civile semble, du reste, donner au juge une certaine latitude en ce sens « Si, lors de l'inventaire, il s'élève des difficultés ou s'il est formé des réquisitions pour l'administration de la communauté et qu'il n'y soit pas déféré par les autres parties, les notaires délaisseront les parties à se pourvoir en référé devant le Président du Tribunal de première instance ». L'absence d'une mesure aussi générale pour l'administration de la masse indivise pendant l'instance, crée une lacune dangereuse pour la femme.

En dehors de la gestion de certains biens qui peut lui être confiée, la femme bénéficie toutefois des mesures conservatoires que l'article 242 du Code civil lui permet de demander ⁽⁴⁶⁾. Ces mesures concernent les biens mobiliers dont il faut éviter le détournement : elles consistent en l'apposition des scellés et la confection d'un inventaire. Après levée des scellés, le mari est constitué gardien judiciaire des meubles inventoriés et il est, comme tel, tenu de les représenter à la liquidation ; en les détournant, il se rendrait passible des peines prononcées par le Code pénal (art. 400, al. 3). L'article 242 du Code civil *in fine* permet d'ailleurs la nomination d'un autre gardien (en ce sens Civ. 10 juin 1898, S. 1899.1.20). Pratiquement les valeurs mobilières sont remises à fin d'études au notaire chargé de la liquidation, et l'argent disponible déposé en banque ou à la Caisse des dépôts et consignations. Le droit de pratiquer des saisies-arrêts sur les créances dues à la communauté ou sur celles qui lui sont propres et qui, en vertu du régime de la communauté subsistant à l'égard des tiers, doivent être remboursées au mari, est accordé à la femme ⁽⁴⁷⁾. Ces mesures conservatoires et la gestion des biens qui lui est confiée assurent à la femme quelque

(46) Cf. LENOIR : *Des mesures provisoires et conservatoires relatives aux biens des époux dans l'instance en divorce*. Thèse Paris, 1921. Le mari peut aussi avoir intérêt à prendre de telles mesures, notamment à l'égard des bijoux portés par la femme et qui font partie de la masse indivise.

(47) Req., 16 déc. 1889, S. 1890, 1, 481. Req., 31 mai 1927, Gaz. Pal., 1927, 2, 414. Trib. Civ. Boulogne-sur-Mer, 3 avril 1925, Gaz. Pal., 1925, 2, 9.

protection, elles sont insuffisantes, lorsque le mari abuse de ses pouvoirs et ne peut répondre du préjudice causé à son conjoint. L'administration de la masse confiée à un tiers réaliserait une plus sûre garantie.

Une fois le divorce transcrit ou le jugement prononçant la séparation de corps publié, l'indivision se prolonge jusqu'au jour de la liquidation et du partage. Les droits du mari sont dès lors ramenés à l'égard des tiers, à ceux d'un simple indivisaire ⁽⁴⁸⁾, aucun acte n'est possible sans le consentement des deux ayants droit : Le notaire liquidateur se charge des actes d'administration urgents et indispensables. Les actes plus importants exigent l'assentiment des deux anciens conjoints.

B. LA GÉRANCE DE LA MASSE INDIVISE PAR L'AUTEUR SURVIVANT TUTEUR LÉGAL DE SES ENFANTS MINEURS. — Le décès d'un époux survenu au cours de la minorité de ses enfants a pour effet de concentrer l'administration des biens communs aux mains de l'auteur survivant, qui joint à sa qualité d'indivisaire celle de tuteur légal. Ou bien, c'est le père qui survit, et il continue d'administrer avec ses biens propres, les biens communs indivis et les biens personnels de l'auteur décédé. Ou bien, c'est la veuve; elle prend alors en mains l'administration de l'ensemble de ces biens : Dans les deux cas, les règles de la tutelle s'appliquent non seulement aux biens qui appartiennent aux mineurs en pleine propriété, mais aussi à l'ensemble des valeurs indivises qui composent la communauté dissoute ⁽⁴⁹⁾. Cette réaction des règles de la tutelle sur la masse indivise constitue une mesure de garantie des intérêts des mineurs, et précise les pouvoirs de l'époux chargé de la gestion. Pendant la minorité, la qualité d'indivisaire et de cohéritier, du conjoint survivant se trouve entravée par celle de tuteur.

Investi par la loi de la tutelle de ses enfants mineurs et non-émancipés (art. 390 C. civ.), sauf les cas d'exclusion ou de des-

(48) Notamment le congé donné par un propriétaire au mari seul est inopposable à la femme. Trib. Civ. Seine, 10 février 1926, D. H., 1926, 200.

(49) Le patrimoine personnel du tuteur, soit ses biens propres et sa quote-part dans la masse est grevé de l'hypothèque légale des mineurs.

titution (art. 443 et s. C. civ), l'auteur survivant administre la masse indivise en se conformant aux règles de la tutelle : A son entrée en charge, il est tenu de faire procéder à l'inventaire tant des biens de la masse que de ceux qui étoient en propre aux mineurs (art. 1442 C. civ. — 943 C. Pr. civ.). A défaut de délai précis pour la confection de l'inventaire, on est d'accord pour appliquer le délai de trois mois fixé par les articles 1456 et 1465 en matière de communauté ⁽⁵⁰⁾. Le défaut d'inventaire a pour conséquence d'enlever à l'époux survivant la jouissance des biens de ses pupilles ⁽⁵¹⁾. Il peut, d'autre part, entraîner une condamnation solidaire avec le subrogé-tuteur à des dommages-intérêts au profit des mineurs pour la valeur des meubles communs dont l'existence aurait été prouvée par titres, témoins ou commune renommée et qu'il ne pourrait représenter. L'inventaire achevé, l'époux survivant joint une troisième qualité à celle d'indivisaire et de tuteur légal : il est usufruitier légal des biens de ses enfants jusqu'à ce que ceux-ci aient atteint l'âge de dix-huit ans (art. 384 C. civ.) : l'indivision n'existant alors que pour la nue-propriété, il peut valablement faire seul tous les actes qui rentrent dans les pouvoirs d'un tuteur et d'un usufruitier.

L'auteur survivant bénéficie également d'autres prérogatives qui le placent au-dessus d'un tuteur ordinaire : Il est dispensé de la vente des meubles (art. 453 C. civ.), tant qu'il a la jouissance légale des biens du mineur. Cette obligation ne vise d'ailleurs que les meubles qui sont la pleine propriété des mineurs et non ceux qu'ils possèdent en indivision avec d'autres personnes ⁽⁵²⁾. D'autre part, lorsque les mineurs ont atteint l'âge

(50) Le délai de dix jours à compter de l'entrée en charge (art. 451 C. Civ.) n'est appliqué qu'à la tutelle dative, et il ne peut être question de combiner cet article avec l'art. 1442 pour les conséquences attachées au défaut d'inventaire. AUBRY, RAU et BARTIN, VIII, § 515, p. 200, note 2. PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, I, n° 533.

(51) Cette déchéance, attachée au défaut d'inventaire des seuls biens communs, concerne la jouissance de tous les biens des mineurs. Cette perte de l'usufruit ne concerne toutefois que le droit de jouissance légale, prérogative de la puissance paternelle, et non l'usufruit du conjoint à titre successoral. AUBRY et RAU, VIII, § 515, p. 203.

(52) Paris, 9 janvier 1924, précité. D. P. 1924, 2, 160 et la note. PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, I, n° 539. Au surplus, l'art. 826 C. Civ. qui décide que

de dix-huit ans, l'indivision existe désormais pour la pleine propriété et les articles 455 et 456 du Code civil imposent au tuteur l'obligation de faire emploi de l'excédent des revenus des biens de ses pupilles. Or la jurisprudence écarte l'application de cette règle pour la tutelle légale des père et mère, elle ne les astreint pas au paiement des intérêts pour l'excédent des revenus non employés ⁽⁵³⁾. Elle considère que les articles 454, 455 et 456 ne concernent que les tuteurs autres que les père et mère.

Ces avantages ne poussent pas l'auteur survivant à procéder à un partage immédiat de la communauté. Ce partage serait, en outre, contraire aux intérêts des mineurs ; un partage amiable à la majorité du plus jeune d'entre eux leur évitera des frais inutiles. On peut objecter que l'époux survivant tuteur légal est implicitement tenu de procéder au partage, pour accomplir l'obligation que lui impose la loi de convertir en titres nominatifs les titres au porteur (art. 5. Loi du 27 février 1880). Seul un partage préalable peut déterminer les titres qui reviennent aux mineurs et permettre la conversion. Cette obligation s'imposant à tout tuteur y compris les père et mère et s'appliquant à toutes valeurs, même celles comprises dans une indivision ⁽⁵⁴⁾, le partage serait rendu nécessaire. L'article 5, alinéa 3, de la loi du 27 février 1880, permet cependant au Conseil de famille de prolonger, pour une durée indéterminée, le délai de trois mois imparti pour la conversion, ce qui aboutit en fait à écarter cette conversion. Au surplus, il y a souvent impossibilité matérielle à cette conversion, le Conseil de famille ordonne en tel cas le dépôt des valeurs dans une banque ou à la Caisse des dépôts et

le mobilier doit être vendu pour acquitter le passif si la majorité des cohéritiers le décide, ne peut s'appliquer à la communauté. Le conjoint survivant étant indivisaire de moitié, il est difficile de parler de majorité. JOSSE-RAND, *Cours de droit civil positif*, III, n° 345.

(53) Civ., 24 déc. 1895. D. 96, 1, 321. S. 1896, 1, 25. Civ., 15 nov. 1898. D.P. 1904, 1, 465. S. 1899, 1, 140. AUBRY et RAU, I, § 112, p. 694, texte et note 42. PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, n° 531. Contra: CAPITANT, *Rev. Crit.*, 1929, loc. cit. n° 42.

(54) PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, I, n° 536. Contra: CAPITANT, *Rev. Crit.*, 1929, n° 42. Cette obligation ne concernerait que les valeurs appartenant en pleine propriété aux mineurs.

consignations (art. 5, al. 4. Loi du 27 février 1880). La conversion n'est obligatoire qu'au cas de partage intervenant au cours de la minorité.

Durant la minorité de ses enfants, l'auteur survivant se conforme quant à l'administration de la masse, aux obligations qui incomberaient à un tuteur datif, il est tenu de respecter les conditions prévues par la loi (art. 457 C. civ. Loi du 27 février 1880), de demander l'autorisation préalable du Conseil de famille et l'homologation des délibérations de ce Conseil pour les catégories d'actes prévues par la loi. Pratiquement il n'accomplit seul que les actes « d'administration ⁽⁵⁵⁾ ». Dans tous ses actes, se trouvant seul en présence des tiers, il doit rappeler qu'il agit « tant en son nom personnel que comme tuteur de ses enfants mineurs » et énoncer, le cas échéant, les autorisations dont il a dû se munir. Se conformant ainsi aux prescriptions légales, il administre en bon père de famille (art. 450 C. civ.). Cette notion de bon père de famille traduit le soin constant qu'il doit apporter à la gestion. En outrepassant ses pouvoirs, il engage sa responsabilité, et les mineurs ont leur hypothèque légale pour la garantie de leurs droits.

C. LA GÉRANCE DE LA MASSE INDIVISE ENTRE L'AUTEUR SURVIVANT ET SES ENFANTS MAJEURS. — A la majorité des enfants, l'équilibre rompu par l'existence de la tutelle est rétabli ; les règles de la tutelle s'effacent pour faire place à celles de l'indivision. Les enfants majeurs ne sont plus représentés, ils agissent eux-mêmes, et le faisceau de leurs quote-parts leur donne des prérogatives égales à celles de l'auteur survivant : seuls, l'usufruit du conjoint ou les avantages matrimoniaux viennent rompre cette stricte égalité.

En présence d'indivisaires désormais capables, le fonctionnement de l'indivision est dominé par l'idée d'un concours unanime de la volonté des divers intéressés pour l'exercice de leurs droits sur le patrimoine indivis ⁽⁵⁶⁾. A défaut de cet accord, la

(55) Voir : TRASBOT : *L'acte d'administration en droit privé français*. Thèse Eordeaux, 1921.

(56) Voir : GUILLET : *De l'administration des successions indivises*. Thèse Caen, 1930, p. 71 et s.

volonté négative d'un seul ayant droit peut tenir en échec la volonté d'action de tous les autres et lui résister victorieusement. Le Droit romain avait consacré ce droit de veto individuel par l'adage : *in re enim pari, potiolem causam esse prohibentis constat*. Cette formule répondait à la conception du législateur de 1804 sur l'autonomie de la volonté individuelle. La volonté souveraine d'une seul ayant droit suffit à paralyser toute action.

Ce double principe de la participation nécessaire de tous les intéressés et du droit d'opposition de chacun d'eux ne cadre pas avec les nécessités pratiques : Le concours de tous les indivisaires n'est matériellement pas toujours possible. La complexité des éléments qui composent la masse, la déférence des enfants qui tiennent à maintenir au survivant de leurs parents la gestion qu'il avait auparavant, sont aussi de justes raisons pour concentrer les pouvoirs d'administration aux mains de l'époux survivant. Enfin, la conception juridique de l'indivision qui, d'après la doctrine et la jurisprudence modernes, est envisagée « objectivement comme une masse ayant sa situation propre, soumise à des règles particulières » ⁽⁵⁷⁾ conduit à rechercher une formule de gestion unitaire : un tel résultat est atteint par la délégation des pouvoirs de chaque ayant droit à un représentant unique. Il y a lieu de distinguer à ce sujet le cas où les indivisaires confient expressément le mandat d'administrer à l'auteur survivant, celui plus fréquent où, sans convention, ils laissent leur auteur administrer en qualité de mandataire tacite ou de gérant d'affaires, celui enfin, plus rare dans une indivision de famille, où l'un des intéressés oppose de son chef un défaut formel de participation.

La bonne entente qui règne entre les indivisaires peut les conduire à stabiliser l'état d'indivision par une convention expresse de ne pas demander le partage pendant cinq ans (art. 815 C. civ., al. 2) ⁽⁵⁸⁾. En substituant une institution durable à un état tran-

(57) PLANHOLZ, RAPIERT, MAURY et VIALLETON, IV, n° 473.

(58) Voir : AMIAUD : *Traité formulaire des partages et liquidations*, T. III, n° 491 et s. DÉFRENOIS, I, n° 887 et s. L'effet de ces conventions est opposable aux créanciers qui ne peuvent user de leur droit (art. 2205) de demander le partage; voir Toulouse, 26 juin 1889. D. P. 1891, 2, 65.

sitoire, les divers intéressés fixent ordinairement les règles d'administration pour la période d'indivision conventionnelle. L'époux survivant, à qui les enfants confient le plus souvent la gestion, devient un mandataire, il administre dans les limites du mandat qui lui a été conféré. Un partage provisionnel est fréquemment annexé aux conventions d'indivision ; il a pour effet de diviser la masse en plusieurs lots dont chaque indivisaire a la jouissance et dont il peut percevoir les fruits, sans qu'il y ait lieu ultérieurement à des rapports ou à des restitutions. Il transforme la jouissance et l'administration de la masse en une série d'usufruits distincts, sans rien toucher au droit de propriété. A défaut de détermination précise de ses pouvoirs dans la convention, l'époux administrateur de la masse n'accomplit que les actes d'administration (art. 1988 C. civ.) ; l'assentiment unanime reste la règle pour tout acte qui excède l'administration normale ; mais les principes du mandat tacite et de la gestion d'affaires peuvent jouer subsidiairement et étendre les pouvoirs de l'administrateur.

La situation est la même, lorsque les héritiers de l'auteur décédé prennent le parti de ne rien changer à la situation antérieure au décès et de laisser l'auteur survivant à la tête de la masse aussi longtemps que durera l'indivision. Aucune difficulté ne se pose lorsqu'ils lui abandonnent la jouissance des biens communs et celle des propres de l'époux décédé : Le conjoint survivant a nécessairement la gestion de ces biens ⁽⁵⁹⁾. Dans le silence des intéressés, le conjoint survivant ne peut faire valoir aucun droit pour prendre en mains l'administration de la masse, de préférence aux héritiers du conjoint décédé. On a prétendu

(58, suite) Sur les clauses testamentaires imposant l'indivision, voir pour la validité de telles clauses : RIOM, 10 mai 1928, Gaz. Pal., 1928, 382. *Sem. Jurid.*, 1928, p. 1168. Comment. SAVATIER, *Rev. Trim.*, 1928, p. 956. La tendance générale est pour le rejet de cette clause : VIALLETON, *Rev. Crit.*, 1929, p. 529. TRASBOT, *Rev. Crit.*, 1929, p. 449. PLANIOL, RIPERT, MAURY et VIALLETON, T. IV, n° 492. Voir *Bulletin de la Société d'études législatives* 1926, p. 169 et 1927, p. 30 et s.

(59) PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 784. C'est là un usage répandu dans les familles de la bourgeoisie.

tirer argument ⁽⁶⁰⁾ des articles 1454, 1455 et 1456 du Code civil qui visent l'immixtion de la veuve dans les biens de la communauté avant son acceptation, et de l'article 1465 du Code civil qui l'autorise à vivre au compte de la masse et à résider dans l'habitation commune, pour lui donner de plein droit l'administration des biens communs. Quant au mari survivant, il continuerait l'administration qu'il avait avant la dissolution, sauf atténuation de ses pouvoirs. Ces arguments n'ont pas à être retenus, les articles cités ne font que présumer une situation de fait, la présence de la veuve à la tête des biens communs ; d'autre part, les pouvoirs du mari cessent à la dissolution de la communauté. Si l'époux survivant n'a pas de droit acquis à l'administration, il n'est pas moins vrai qu'en fait il assume la gestion de tous les éléments de la masse. Il s'établit entre l'époux gérant et les enfants une convention tacite d'indivision, fragile certes puisque chaque indivisaire reste libre de demander en tout temps le partage, mais l'affection et la confiance des enfants, et souvent la communauté de vie des héritiers avec leur auteur, ont pour effet de prolonger l'état d'indivision jusqu'au décès du conjoint survivant et d'en faire une institution durable. En pareil cas, l'époux survivant administre en vertu de l'accord tacite qui existe entre ses enfants et lui ; les enfants connaissent la gestion de leur père ou mère, leur silence équivaut à un pouvoir d'agir qu'ils lui confèrent ; d'autre part l'époux qui gère a connaissance du mandat tacite qui lui est donné, il sait que l'exécution des actes qu'il entreprend a l'approbation des divers intéressés. Chaque fois que la rencontre des volontés pourra être prouvée, l'acte accompli par l'époux gérant se trouvera validé selon les règles du mandat tacite ⁽⁶¹⁾. L'époux gérant peut donc agir comme mandataire tacite aussi longtemps qu'il a la certitude d'entraîner l'assentiment unanime de ses coindivisaires : il ne faut pas

(60) DONNEDIEU DE VABRES et NAST : L'héritage, dans Thaller : *La vie juridique du Français* : II, p. 222. BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1066. Rappr. : PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 784.

(61) Voir MARUITE : *La notion juridique de gestion d'affaires*. Thèse Caen 1930, n° 58. GUILLET, *op. cit.*, p. 208.

C'est au juge du fond qu'il appartient de constater souverainement l'existence du mandat ou de la nier.

chercher à cataloguer les actes qu'il peut entreprendre, et distinguer les actes purement administratifs ou conservatoires des actes d'innovation ; une telle ligne de démarcation ne cadre pas avec les principes du mandat tacite. Pourquoi restreindre les pouvoirs de l'époux mandataire et dire qu'il excède ses pouvoirs, lorsque les faits révèlent, qu'agissant au vu et au su de ses coindivisaires, il se comporte comme s'il avait reçu d'eux un large mandat d'administration ? Ce large mandat ne peut concerner que les actes qui ont trait à l'administration, l'assentiment unanime demeure une nécessité pour tout acte de disposition (art. 1988 C. civ.). Comme tout mandataire, l'époux est indemnisé par ses mandants des frais engagés et de la perte de temps consacrée à la gestion (art. 1999-2000 C. civ.) ; il est tenu à la fin de sa gestion de rendre un compte d'administration.

L'acte d'administration ne peut pas toujours être validé par les règles du mandat tacite : Les héritiers de l'époux décédé ou certains d'entre eux se désintéressent de l'administration, ou par suite de leur éloignement, ils laissent agir seul leur auteur, ignorant tout de sa gestion. Ou bien l'un des héritiers incapable ne peut donner un mandat même tacite. Sans rechercher l'assentiment unanime, et même en l'absence de tout mandat, l'époux survivant poursuit de sa seule initiative la mise en valeur de la masse, « il perçoit les fruits ou revenus des immeubles, contracte des obligations, fait effectuer des constructions ou réparations, accomplit une série d'actes dont il importe de fixer la valeur et la répercussion » (62). La gestion d'affaires est l'instrument juridique qui permet de suppléer à l'absence de mandat exprès ou tacite et de valider les actes ainsi accomplis. Elle se caractérise par l'immixtion spontanée de l'époux gérant pour l'accomplissement d'un acte utile, sans accord préalable des volontés — il y aurait alors mandat tacite — mais aussi sans opposition formelle de l'un des indivisaires. La gestion d'affaires obéit à des règles précises : Seul l'acte utile est validé, et, à la différence du mandataire qui a droit au remboursement de toutes les dépenses

(62) M. PICARD : *La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine*. *Rev. Trim.*, 1921, p. 440. Voir les références citées par cet auteur,

relatives à l'exécution de sa mission, le gérant d'affaires ne peut prétendre qu'au remboursement de ses dépenses « utiles ou nécessaires » (art. 1375 C. civ.). La gestion d'affaires peut d'ailleurs être ratifiée après coup par l'assentiment ultérieur des coindivisaires. « La ratification n'est qu'une circonstance accidentelle qui, lorsqu'elle intervient, dispense le juge de vérifier l'utilité. La ratification équivaut au mandat » (63). D'autre part, le juge du fond examine, lorsqu'un indivisaire conteste la validité d'un acte, si le silence de cet indivisaire peut s'interpréter dans le sens d'une prohibition, et en l'absence d'une opposition nettement établie, il conclut à la validation de l'acte. La protestation de l'ayant droit est un refus de ratification pour le passé, elle n'a la valeur d'une opposition que pour l'avenir.

Lorsque le juge n'aura pas admis l'existence d'un mandat ou de rapports de gestion d'affaires (64), l'enrichissement sans cause sera l'ultime moyen de l'époux administrateur ; par son activité, il a fait entrer une valeur dans le patrimoine indivis sans en recevoir la contre-partie, il est juste que ses coindivisaires inactifs ne s'enrichissent pas à ses dépens. L'indemnité qu'il réclame ne peut être égale qu'au profit subsistant au jour de la demande (65). L'action en enrichissement sans cause constitue aussi le mode de recours des tiers contre les coindivisaires gérés, lorsque le gérant d'affaires a traité en son nom personnel ; en pareil cas, les tiers n'ont pas d'action directe contre les indivisaires gérés, leur recours ne peut être basé que sur l'enrichissement sans cause (66).

(63) PLANIOL, note sous Req., 20 décembre 1910, D. P. 1, 377.

(64) Les décisions jurisprudentielles ne marquent pas toujours distinctement la différence entre le mandat tacite et la gestion d'affaires ; voir notamment Douai, 3^e Ch. Civ., 17 mai 1927. Rec. Douai, 1927, 251. Le bail d'un immeuble indivis consenti par le père survivant a été validé d'après les principes de la gestion d'affaires. Or le père administrait du consentement de ses enfants les biens communs devenus indivis entre eux au décès de la mère et, demeurant avec l'un et voisin de l'autre, il avait certainement passé le bail de leur consentement. N'était-il donc pas leur mandataire tacite ? Voir aussi Civ., 1^{er} juillet 1901, S. 1905, 1, 510.

(65) Sur l'action de *in rem verso*, son résultat et son caractère subsidiaire, voir ROUAST : *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*. Rev. Trim., 1922, p. 82 et s.

(66) Req., 20 déc. 1910, précité. D. P. 1911, 1, 377, note PLANIOL. S. 1912, 1, 305. Note NAQUET, PICARD, *op. cit.*, p. 441. GUILLET, *op. cit.*, p. 218.

Par ces divers moyens de droit, la jurisprudence facilite la gestion de la masse : Au concours effectif de tous les intéressés, elle substitue la gestion par un seul indivisaire et organise le fonctionnement commode de l'indivision. Mais la validation des actes accomplis par le seul époux gérant n'est possible qu'en l'absence de veto préalable des divers intéressés. Le veto opposé à l'administration de l'époux gérant par l'un des intéressés rend impossible toute gestion.

Le droit d'opposition d'un seul indivisaire reste absolu, le magistrat ne peut ordonner l'exécution d'un acte auquel s'oppose l'un des ayants droit. A défaut de la décision du juge, on pourrait songer au principe majoritaire ; mais dans l'indivision de la masse commune, il n'y a pas de majorité ni de minorité, deux époux copartageants seuls se trouvent en présence. Pour faciliter le fonctionnement de l'indivision, les Tribunaux se reconnaissent le droit de confier la gestion à un tiers administrateur provisoire ou séquestre (arg. art. 1961 C. civ.) : Ils lui donnent qualité pour faire tous actes conservatoires et d'administration urgents ou peu importants : perceptions de revenus, paiement des dettes courantes, recouvrement des créances, réparations urgentes. Le désaccord des indivisaires ne manque pas d'entraîner une demande en partage, le rôle de l'administrateur judiciaire est alors de courte durée, limité aux périodes de liquidation et de partage (67). La bonne entente qui règne dans les familles rend d'ailleurs peu fréquente l'intervention judiciaire. En matière d'indivision héréditaire, cette intervention se rencontre : le degré de parenté moins proche entre cohéritiers, et la divergence d'intérêts conduisent plus vite à un désaccord.

Lorsque l'indivision doit être de courte durée, le conjoint survivant et ses enfants préférant procéder à un partage immédiat, les indivisaires s'en remettent à leur notaire pour l'administration des biens indivis (68), ils lui confient les titres de propriété

(67) Voir à ce sujet GUILLET, *op. cit.*, *De l'administration des successions indivises* : Ch. III. De l'organisation de l'administration des Successions, par l'autorité judiciaire, p. 221 et s. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 785.

(68) L'intervention du notaire peut d'ailleurs être obligatoire : les grands établissements financiers exigent pour le retrait des valeurs déposées la production d'un acte de notoriété.

et valeurs mobilières à fin d'étude pour les opérations de liquidation et partage. Le notaire établit son compte d'administration dans l'acte qu'il dresse.

§ II. — LES RAPPORTS DE CRÉDIT DES INDIVISAIRES
ET DE LA MASSE

L'étroite connexité qui existe entre les droits des époux ou de leurs représentants, futurs copartageants de la masse, et les obligations dont ils sont tenus envers cette même masse, conduit à reporter le règlement de leurs comptes avec la masse au jour de la liquidation et du partage. Au cours de l'indivision, les divers ayants droit ne vont donc pas poursuivre la masse pour le paiement de leurs créances ni être contraints de lui payer les dettes dont ils sont redevables. Ce n'est qu'au moment de la liquidation que les copartageants de la masse s'acquitteront de leurs dettes, dont ils feront le rapport, et qu'ils feront valoir leurs créances en prélevant des effets communs. Ces procédés spéciaux de règlement s'appliquent à toute créance ou dette corrélatrice à la masse, qu'elle soit née au cours de la communauté ou pendant l'indivision : dès l'instant qu'un « rapport de connexité » ⁽⁶⁹⁾ les relie à la masse, leur règlement fait partie des opérations du partage. Un tel procédé ne peut donc s'appliquer aux créances et aux dettes personnelles entre les conjoints, qui concernent non pas la masse commune, mais le patrimoine personnel de chaque époux ⁽⁷⁰⁾ : L'article 1478 du Code civil rejette leur règlement après le partage et l'article 1479 rappelle qu'elles sont soumises au droit commun du paiement, ne produisant intérêt que du jour de la demande en justice (1153 C. civ.). Entre deux époux, il n'y a pas de compte ouvert, il faut revenir au

(69) SIESSE, *op. cit.*, p. 214.

(70) Voir pour des exemples de créances personnelles des époux l'un contre l'autre : A. COLIN et CAPITANT : III, p. 225 : Le prix d'un bien propre a servi à payer une dette personnelle à l'autre époux (art. 1478). Les deux époux ont doté conjointement un enfant commun avec un immeuble propre à l'un d'eux. L'époux non propriétaire est personnellement débiteur de la moitié de la valeur de l'immeuble (art. 1438, al. 2).

procédé commun du paiement et il est impossible d'incorporer une dette personnelle entre époux au compte ouvert entre les époux et la masse ⁽⁷¹⁾. Par contre, dès qu'un compte est ouvert entre plusieurs personnes et une masse à partager, les procédés spéciaux de règlement par la voie du rapport des dettes et du prélèvement de l'indivisaire créancier trouvent leur application. Il y a lieu d'examiner les conséquences qu'entraîne au cours de l'indivision ce report au jour de la liquidation du règlement des comptes. Nous examinerons successivement les rapports de crédit des indivisaires et de la masse antérieurs à la dissolution, et ceux qui ont pris naissance au cours et du fait de l'indivision.

A. LES RAPPORTS DE CRÉDIT DES INDIVISAIRES ET DE LA MASSE ANTÉRIEURS A LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ. — Les divers ayants droit à la masse indivise sont les époux eux-mêmes, ou l'un seul des époux et les héritiers du conjoint décédé. Lorsque des créances et dettes existent, à la dissolution, au profit ou du chef des époux ou de leurs héritiers, que deviennent-elles au cours de l'indivision ?

a) Les créances de la masse à l'encontre des époux constituent les récompenses dues à la communauté (art. 1437 C. civ.). Ces créances se divisent-elles de plein droit à la dissolution de la communauté entre les deux époux en sorte que la moitié revenant à l'époux débiteur s'éteindrait par confusion (art. 1300 C. civ.) et que l'autre moitié resterait due par l'époux débiteur à l'autre conjoint devenu son créancier personnel ? Les articles 1468 et 1473 du Code civil permettent de répondre que le principe de la division de plein droit des créances posé par l'article 1220 du Code civil ne s'applique pas à ces créances : Le premier de ces articles décide que les époux rapportent à la masse tout ce dont ils sont débiteurs envers la communauté à titre de récom-

(71) Sur l'impossibilité de compenser la créance personnelle de la femme contre son mari avec la dette de cette femme envers la masse, voir Civ., 16 novembre 1904. D. P. 1905, 1, 5, note Guillouard. S. 1905, 1, 465, note de M. le conseiller Dalmbert.

pense ou d'indemnité, et l'article 1473 ajoute que les récompenses par eux dues à la communauté emportent intérêts de plein droit du jour de la dissolution. Si ces créances se divisaient de plein droit, elles ne seraient pas rapportables à la masse pour leur totalité et ne pourraient produire intérêts pour le tout.

Des dispositions analogues écartent la division de plein droit pour les dettes de la masse envers les époux. L'article 1470 2° et 3° décide que les récompenses dues par la communauté aux époux se règlent au moment de la liquidation par un prélèvement de l'époux créancier sur la masse dans l'ordre et de la façon indiqués par les articles 1471 et 1472 ; il résulte, d'autre part, de l'article 1473 que ces dettes de la masse envers les époux produisent intérêts du jour de la dissolution. La loi ne veut pas que l'époux créancier fasse confusion sur lui-même de moitié de cette dette et soit réduit à poursuivre son conjoint pour l'autre moitié. Elle lui accorde le bénéfice du prélèvement pour la totalité de sa créance elle-même grossie des intérêts pour son montant total.

Pendant l'indivision, ces créances et ces dettes productives d'intérêts sont des éléments constitutifs de la masse.

b) Les héritiers de l'époux décédé peuvent à un double titre se trouver en rapport avec la masse : du chef de l'époux qu'ils représentent et de leur chef personnel. Venant à la succession de leur auteur, ils rapportent à la masse les dettes dont cette succession est redevable envers la masse commune : c'est ainsi que l'article 1468 vise expressément le rapport par les époux ou leurs héritiers des récompenses dues à la communauté. Aucune difficulté ne s'élève à ce sujet (72). Mais les héritiers doivent-ils en outre rapporter à la masse ce qu'ils lui doivent à titre personnel ? Peut-on imposer le rapport à la masse commune des dettes autres que les récompenses ? La Chambre Civile n'a pas craint, dans son important arrêt du 25 juillet 1923 (73), de

(72) Voir BAUDRY-LACANTINERIE, *LE COURTOIS ET SURVILLE*, II, n° 1101.

(73) D. P. 1926, I, 153. Note NAST, et le commentaire du même auteur sur cet arrêt dans *Rev. Crit.*, 1928, p. 139. Voir aussi Comment. Savatier dans *Rev. Trim.*, 1923, p. 1002.

M. Capitant, *Rev. Crit.* 1929, *loc. cit.*, n° 17-1° admet qu'en l'espèce, c'est la succession du mari qui est débitrice de récompense. Il semble résulter de

consacrer l'extension de cette règle aux dettes existant au profit de la masse à l'encontre d'un héritier. Elle a confirmé ce principe que toute créance d'une masse indivise contre l'un des copartageants, époux ou héritier, doit se régler non pas au moyen d'un paiement, mais par la voie d'un rapport en moins prenant. En l'espèce la communauté des époux Duprez avait été dissoute par la mort du mari qui laissait à sa survie sa veuve et un fils commun, et elle était créancière à l'encontre de ce fils d'une somme de 89.693 fr. 50. Comment devait se régler cette créance ? Il fallait tenir compte du fait que le fils joignait à sa qualité de débiteur de la masse celle d'héritier et de copartageant de cette masse. Appliquant la règle du rapport total de la dette (art. 829 C. civ.), le notaire liquidateur avait fait figurer la créance pour son montant intégral à l'actif de la masse qui se chiffrait ainsi à 138.910 francs, puis il avait imputé la moitié de cet actif revenant à la succession du mari, représentée par le fils débiteur, soit 69.455 francs, sur la somme dont le fils était redevable. Or les créanciers personnels du fils insolvable étaient intervenus au partage et ils contestaient l'imputation faite par le notaire. Ils soutenaient que la créance de la communauté à l'encontre du fils s'était divisée de plein droit entre les copartageants et que, par suite, elle s'était éteinte par confusion pour la part revenant au fils, la mère demeurant créancière personnelle de l'autre moitié. La créance ainsi exclue de la masse, les autres biens auraient dû être partagés par moitié : la mère poursuivant sur ces biens le paiement de sa créance aurait subi le concours des créanciers personnels de son fils. La Cour d'Amiens et la Chambre Civile n'ont pas retenu de telles prétentions, et ont approuvé le rapport de la dette à la masse. « Les droits des époux sur la communauté dissoute restent incertains à défaut d'une liquidation qui en ait reconnu l'existence et fixé l'étendue, ce qui exclut même pour les créances faisant partie de la communauté l'application

l'arrêt que la dette était bien née en la personne de l'héritier et non du chef du défunt.

Contra. Paris, 3 mars 1891. D. P. 1892, 2, 88. S. 1892, 2, 139. BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1101, qui écartent l'obligation du rapport pour les dettes dont les héritiers sont tenus personnellement.

de l'article 1220 ; la division des créances ne s'opère pas de plein droit entre les copartageants par la seule survenance de la fin de la communauté et ne les rend pas, dès ce moment, propriétaires incommutables de moitié d'elles ». Ainsi se trouve confirmée la règle que toute créance de la masse à l'encontre des copartageants reste au cours de l'indivision un élément actif de cette masse. Cette créance est productive de l'intérêt convenu ou, à défaut de stipulation, de l'intérêt légal ; elle est imprescriptible puisque son paiement ne sera réalisé qu'au moment du partage ; par contre, au cas d'un partage antérieur à la dissolution, la perte du bénéfice du terme sera une nécessité pour l'héritier débiteur. La présence de cette créance au sein de la masse permettra son attribution intégrale à l'héritier qui en est tenu, et cette imputation donne en contre-partie aux autres indivisaires le droit de prélever des biens indivis pour une valeur équivalente.

Il faut admettre, de même, que les dettes de la masse envers un héritier ne se divisent pas et se règlent comme les récompenses dues aux époux par la communauté, par la voie du prélèvement. Ainsi toute obligation des copartageants envers la masse et de la masse envers eux se règle au jour du partage. Préalablement, la liquidation aura pour effet d'établir la balance des dettes et des créances de chaque copartageant, le solde créancier se réalise par un prélèvement et le solde débiteur par un rapport en moins prenant.

B. LES RAPPORTS DE CRÉDIT DES INDIVISAIRES ET DE LA MASSE NÉS AU COURS DE L'INDIVISION. — Les mêmes règles vont s'appliquer aux créances et aux dettes qui naissent après la dissolution de la communauté, entre la masse et ses divers ayants droit. Les « rétablissements » dus par les indivisaires s'ajoutent aux créances de la masse ; d'autre part, les dépenses par eux engagées au profit de la masse s'ajoutent à leurs créances à l'encontre de celle-ci. « Il n'y a pas de raison logique pour limiter les procédés spéciaux du rapport des dettes et du prélèvement à certaines créances de la masse, alors que d'autres qui y figurent également

resteraient soumises au droit commun de l'extinction des obligations » (75).

Quelles sont les créances et les dettes nées au cours de l'indivision et qui vont s'ajouter au compte existant entre chaque indivisaire et la masse ? Il y a lieu de distinguer les rapports de crédit qui naissent entre les ayants droit et la masse pendant l'instance de divorce, ceux qui résultent des comptes d'administration, les règles spéciales qui concernent le divertissement et le recel.

a) *Rapports de crédit pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps.* — Pendant l'instance en divorce où en séparation de corps, le mari reste à la tête des biens communs, mais il est, en qualité d'administrateur, tenu de rendre compte. Il doit donc faire figurer à l'actif du compte qu'il établit tous les revenus, fruits et produits de la masse, et au passif les dépenses engagées pour l'administration et pour l'entretien des enfants. Lorsque la garde des enfants a été confiée à la mère, la pension alimentaire servie par le mari pour leur entretien est à la charge de la masse (arg. art. 1409, 5°). Le reliquat du compte en faveur de la masse vient la grossir d'autant.

Quant à la femme, il lui est généralement accordé dès le début de l'instance une provision alimentaire et une provision *ad litem* pour les frais de la procédure ; mais ce ne sont là que des avances remboursables qu'elle devra imputer sur sa part. Cette obligation du rapport des avances consenties est équitable, puisque la masse doit être liquidée dans l'état où elle se trouve au jour de la demande et que le mari doit compte à la femme des revenus produits tant par ses biens personnels que par la masse indivise. La jurisprudence admet toutefois un tempérament à l'égard de la pension alimentaire servie par le mari au cours de l'instance, elle décide que cette pension doit s'imputer sur les seuls revenus des reprises de la femme et de sa part dans la communauté,

(75) SIESSE, *op. cit.*, p. 209-210.

mais non sur les capitaux ⁽⁷⁶⁾ ; si ces revenus sont inférieurs aux sommes versées à titre de provision alimentaire, l'excédent doit rester à la charge du mari ; le mariage subsiste pendant l'insistance, le devoir de secours continue à incomber au mari (art. 212 et 214 C. civ.), d'autre part toute obligation alimentaire est basée sur l'état des revenus du créancier et du débiteur.

Lorsque le jugement qui prononce le divorce alloue à la femme une pension pour la suppression du droit de secours, cette pension a un caractère indemnitaire, elle est intégralement à la charge du mari (art. 301). Il en va autrement, lorsque la pension n'est qu'une avance consentie à la femme après jugement prononcé contre elle, par suite du dénuement où elle se trouve, en attendant la liquidation ⁽⁷⁷⁾. Cette avance sera imputée non seulement sur les revenus, mais sur les capitaux attribués en partage à la femme.

La provision *ad litem* allouée à la femme, à supposer que les frais du procès demeurent à sa charge, s'impute non seulement sur les revenus des reprises de la femme et de sa part dans la masse, mais à défaut sur les capitaux.

b) *Les comptes d'administration.* — L'obligation qui incombe à toute personne chargée de l'administration provisoire de la masse ou d'une partie des biens indivis de rendre compte de sa mission, conduit à l'établissement de comptes d'administration. Le notaire liquidateur à qui est confiée l'administration des biens indivis après le prononcé du jugement de divorce ou de séparation de corps, et dans les autres cas où les indivisaires s'en remettent à ses soins pour cette gestion, établit son compte jusqu'au jour du partage. Il charge les Banques qui ont des valeurs indivises en dépôt d'établir un compte analogue, qu'il portera à l'acte

(76) Voir PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 678, les références citées par ces auteurs et notamment Req. 6 juin 1905. D. P. 1906, 1, 76. Req. 2 mai 1927. D. H. 1927, 301. Paris, 25 mai 1927. *Gaz. Pal.* 1928, 1, 71. S. 1928, 2, 4.

Sur l'impossibilité pour la femme créancière de son mari à raison de sa pension alimentaire, de saisir les biens communs avant le partage. Voir Lyon 15 juillet 1926. D. P. 1927, 2, 129, note NAST.

(77) Req. 9 décembre 1925. D. P. 1926, 1, 149. Note NAST, Comment. de cet auteur dans *Rev. Crit.*, 1928, p. 137.

de liquidation et de partage dont la rédaction lui est confiée. C'est aussi un compte d'administration que la loi exige du tuteur (art. 471 et 472 C. civ.) et dont la reddition a lieu à la majorité des enfants. Du jour où son usufruit légal prend fin, l'époux survivant doit compte des revenus échus aux mineurs (78). L'excédent de ces revenus sur les dépenses engagées pour la gestion des biens et pour l'entretien des enfants, emporte intérêts de plein droit après la clôture du compte (art. 474 C. civ.). Lorsque l'indivision se poursuit avec les enfants devenus majeurs, l'indivisaire, normalement l'époux survivant, chargé de la gestion en qualité de mandataire exprès ou tacite ou de gérant d'affaires, lorsqu'il a pris lui-même cette charge en mains, est tenu d'établir son compte de gestion : La reddition de ce compte permet de contrôler que tous les fruits et produits des biens communs ont été encaissés pendant l'indivision au profit de la masse ; si ces revenus ne sont pas représentés par le gérant, soit que celui-ci en ait usé pour son profit exclusif, soit qu'il n'ait pas fait diligence pour les recouvrer, il en doit la valeur et les intérêts du jour de l'emploi à son usage personnel ou à compter du moment où il aurait dû les percevoir. Sauf balance exacte entre les recettes et les dépenses, ce compte fait ressortir un reliquat. Y a-t-il excédent des recettes sur les dépenses, cet excédent s'ajoute à la masse active de communauté, et produit intérêts de plein droit du jour où le compte est apuré, lorsque du moins l'administrateur est l'un des indivisaires (79). Y a-t-il excédent des dépenses sur les recettes, le solde négatif figure au passif de la masse, y compris les intérêts du solde à dater de l'établissement du compte. L'indivisaire qui a fait les avances dans l'intérêt de la masse voit le montant des récompenses qui lui sont dues grossi du solde de ce compte et des intérêts de ce solde (arg. art. 2001).

(78) Pour déterminer la part des revenus qui revient aux mineurs, le notaire établit un projet de partage. Ce projet est soumis à la condition suspensive de l'approbation du compte de tutelle dans les dix jours. Après l'approbation, le partage devient définitif.

(79) PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 786. Civ. 1^{er} juin 1891 précité. D. P. 1892, 1, 212. S. 1891, 1, 401. Voir aussi Civ. 20 juillet 1858 précité. D. P. 1858, 1, 414, S. 1858, 1, 748. Req. 8 juin 1868. S. 1868, 1, 359. D. P. 1871, 1, 224. Civ. 28 janvier 1929. *Gaz. Pal.* 1929, 1, 647, et Comment. de cet arrêt par Savatier dans *Rev. Trim.* 1929, p. 482.

Ainsi les créances et les dettes qui résultent du compte d'administration sont en tous points assimilées aux récompenses dues à la communauté ou par elle dues. Elles viennent s'incorporer au compte ouvert entre les époux et la masse ; étant, comme les récompenses corrélatives à la masse commune, il est juste que leur règlement soit compris dans les opérations de liquidation et de partage de cette masse.

e) *Règles spéciales au divertissement ou au recel.* — Toute fraude commise par un indivisaire, à l'effet de soustraire à son profit certains éléments de la masse et de rompre ainsi l'égalité du partage, est l'objet d'une rigoureuse sanction édictée par la loi. L'époux ou l'héritier coupable sont privés de tout droit dans les objets divertis ou recelés (art. 1477-792 C. civ.). Le divertissement ou le recel porte ordinairement sur un corps certain et consiste en un détournement matériel : la privation pour le recéleur de sa part dans les biens divertis entraîne l'attribution totale de ces biens aux autres indivisaires. Mais le divertissement peut porter sur des créances : l'un des ayants droit a dissimulé une récompense dont la communauté était créancière ; il a frauduleusement cherché à se faire attribuer une indemnité qui ne lui était pas due ; ou bien il a refusé de rendre un compte d'administration ⁽⁸⁰⁾. Une créance corrélatrice à l'indivision naît alors à l'encontre du recéleur au profit des autres indivisaires. L'auteur de la fraude est tenu de rapporter à la masse les dettes nées de son chef pendant l'indivision (arg. art. 1468 C. civ.), et, puisqu'il est privé de sa part dans les biens recelés, le prélèvement des autres indivisaires sera double ; un prélèvement d'une valeur égale à la valeur divertie ne ferait rien perdre à l'époux coupable.

Lors de l'établissement des comptes entre les indivisaires et

(80) Voir en ce sens : Req. 1^{er} avril 1885, S. 1885, 1, 168.

Pour la créance résultant du recel d'une somme d'argent, voir Req. 6 nov. 1861. D. P. 1862, 1, 167. Trib. Civ. Marseille, 15 mars 1928, *Gaz. Pal.* 1928, 2, 162. Voir RAGOUET : *Des prélèvements des époux lors de la dissolution de la communauté* : Thèse Bordeaux 1908, p. 68. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 856, p. 241, texte et note 2.

la masse au jour de la liquidation, il n'y aura pas à établir de distinction entre les comptes antérieurs à la dissolution et ceux qui lui sont postérieurs ; tous sont compris dans le même règlement. Cette solution se justifie pleinement dès que l'on envisage l'ensemble des biens indivis comme formant une masse autonome. Toutes créances et dettes corrélatives à une même masse indivise sont soumises aux mêmes procédés de règlement.

SECTION III. — Les Rapports des indivisaires avec les tiers

Les indivisaires entrent en relations juridiques avec les tiers par les actes de disposition qu'ils peuvent consentir sur leur part dans la masse ou dans certains éléments de cette masse. La tendance traditionnelle de notre droit est d'autoriser l'indivisaire à tirer crédit, dans toute la mesure du possible, de sa part indivise. L'autonomie de la masse indivise n'empêche pas que chaque ayant droit a dans son patrimoine une quote-part, et cette quote-part lui assure une liberté d'action individuelle, liberté aléatoire puisque le partage peut en anéantir l'effet, liberté essentiellement limitée au contenu probable de cette part. Sur ce point, notre conception française de l'indivision s'oppose à celle des législations Allemande et Suisse.

Les Rapports de crédit sont aussi de nature à mettre en présence les indivisaires et les tiers, chaque intéressé voulant assurer le recouvrement immédiat de sa part des créances, les tiers poursuivant chaque ayant droit pour la part des dettes qui lui incombe. Mais la jurisprudence accuse une tendance très nette à rattacher ces créances et ces dettes à la masse dont elles sont des éléments constitutifs : L'existence de comptes à régler entre copartageants ne permet pas de dire la part qui revient à chacun dans les créances ; le recouvrement des créances ne peut être valablement assuré que par l'ensemble des indivisaires et au profit de la masse ; quant aux dettes, s'il est impossible d'écar-

ter le droit de poursuite individuelle des créanciers, il est, du moins, de pratique courante d'en faire assurer le règlement par la masse. Cette conception d'un passif autonome n'est d'ailleurs pas sans avantage pour les créanciers de la communauté.

§ I^{er}. — LES RAPPORTS D'ALIÉNATION

Il est naturel que tout indivisaire puisse faire argent de ses droits dans la masse, sans attendre le jour du partage, sa quote-part figure dans son propre patrimoine. Cette réalisation anticipée de la valeur de sa part ne lui est pas interdite. Mais il peut arriver que l'un des intéressés agisse directement sur les biens indivis comme sur sa chose propre. Quelle doit être la validité de telles aliénations ?

A. LES DROITS CONSENTIS PAR LES INDIVISAIRES SUR LEUR QUOTE-PART DANS LA MASSE OU DANS LES BIENS INDIVIS. — L'indivisaire qui cède l'intégralité de ses droits dans la masse indivise substitue dans le groupe des ayants droit un tiers cessionnaire, qui bénéficie de toutes les prérogatives des copartageants. Il peut demander le partage pour y recevoir son lot, il participe à l'administration et à la jouissance des biens, aux distributions de revenus qui sont faites au cours de l'indivision. Cette cession ne fait que modifier le personnel des indivisaires, sans faire sortir de la masse aucun élément. Elle peut être consentie à titre onéreux sous la forme d'une vente (art. 1696, 1697, 1698 C. civ.) ou à titre gratuit par suite d'une donation, d'un legs ou d'une renonciation au profit d'un cohéritier. Elle est le plus souvent comprise dans une cession de droits successifs. Seule une opposition au partage de la part des créanciers de l'indivisaire cédant empêche cette cession. Une convention d'indivision n'a pas pour effet de rendre indisponible la part des indivisaires, mais le cessionnaire est tenu de se conformer à la convention.

La présence d'un étranger au sein des indivisaires peut présenter de graves inconvénients, tant par les contestations qui peuvent naître au cours de l'indivision que par une demande en partage

inopportune de la part de ce tiers. En matière héréditaire, la loi a institué le retrait successoral (art 841 C. civ.) qui permet aux cohéritiers d'écarter le cessionnaire et de se substituer en ses lieu et place pour la part cédée. Il semble naturel d'étendre à l'indivision post-communautaire l'institution du retrait ; mais la jurisprudence se refuse à élargir le domaine de cette « expropriation pour cause d'utilité privée », « la faculté de retrait établie par l'article 841 du Code civil au profit des successibles étant de sa nature exceptionnelle et dérogatoire au principe de la liberté des conventions, ne peut être étendue à des cas autres que celui pour lequel elle a été édictée » (81). Un époux ne peut écarter l'acquéreur de la part de communauté qui revient à l'autre époux. Un retrayant doit nécessairement joindre à sa qualité d'indivisaire celle de cohéritier, l'institution du retrait est propre au droit successoral. Les raisons données par la jurisprudence ne semblent pas décisives : L'article 1476 du Code civil ne renvoie-t-il pas aux règles du Titre des Successions pour le partage de la communauté ? N'y a-t-il pas entre la communauté dissoute et une succession ouverte une étroite analogie, qui conduit à exclure les étrangers de ces indivisions ? En limitant l'exercice du retrait aux seules cessions de droits successifs, on crée en outre de sérieuses difficultés : il est des cas où la cession porte à la fois sur des droits successifs et sur d'autres droits : les enfants d'un premier lit cèdent pour un prix unique leurs droits successifs dans la succession de l'auteur prédécédé et dans la succession de l'auteur survivant qui s'était remarié. Les enfants du second mariage utérins ou consanguins ne peuvent exercer le retrait qu'à concurrence de la succession qui leur est dévolue, et non pour la part afférente à l'autre succession. Il faut alors procéder à une ventilation pour déterminer la portion du prix correspondant à chaque

(81) Civ. 12 décembre 1894. D. P. 1895, 1, 286. S. 1895, 1, 257. Note Lyon-Caen. Civ. 14 décembre 1908. D. P. 1909, 1, 457, note CAPITANT. S. 1908, 1, 497. Note Lyon-Caen. Req., 15 mars 1922. *Gaz. Pal.*, 1922, 2, 21. D. P. 1922, 1, 183.

Voir aussi Dalloz J. G., *Contr. de mar.*, n° 2293. Supp. n° 798. Guillouard, *Contr. de mar.*, III, n° 1340. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 802.

Contra : LYON-CAEN, notes précitées. CAPITANT, *Rev. Crit.*, 1929, *loc. cit.* n° 37. Riom, 23 nov. 1848. D. P. 1849, 2, 50. Rapp. EAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1136.

succession, la jurisprudence se rallie à ce système et n'admet que le retrait partiel (Civ. 14 déc. 1908 précité). En l'espèce, l'unité de contrat et l'unité de prix imprimaient à la cession un caractère d'indivisibilité. Le retrait total serait plus logique et plus utile. D'autre part, dans l'indivision post-communautaire, il y a en général moins de parties prenantes, et les époux sont indivisaires de moitié. Ce sont là autant de raisons pour faire du retrait une pièce nécessaire de cette indivision. « La carrière des retraits n'est pas close » (82) au point qu'il faille en limiter trop strictement l'application.

Il est possible que, sans disposer de sa quote-part intégrale dans la masse, l'un des ayants droit cède ou hypothèque sa part dans tel immeuble déterminé de la masse (83). C'est pour lui un moyen de tirer du crédit de ses droits indivis, sans cesser d'appartenir au groupe des indivisaires. La cession d'une quote-part cantonnée sur un bien donné est peu fréquente. A la différence de la cession de la quote-part intégrale, qui présente quelque aléa dans son contenu, mais assure un émolument pécuniaire certain, cette cession spéciale est essentiellement fragile. L'indivisaire ne cède qu'un droit éventuel, car il n'a de droit que sur la masse envisagée dans son ensemble et non sur tel ou tel des biens qui la composent. En pratique, cette cession accompagne l'hypothèque d'une part indivise ; le créancier se fait céder, en même temps, la part de son débiteur dans l'immeuble hypothéqué ; elle se rencontre également au cas d'aliénation totale d'un immeuble consentie par un seul indivisaire ; la vente, annulée pour les quote-parts des autres ayants droit, reste valable pour la seule part du vendeur. Pendant la durée de l'indivision, le cessionnaire de cette part ne peut se prévaloir d'aucune des prérogatives des indivisaires ; il ne peut participer à l'administration, aux distributions de fruits, et à l'usage de la chose : l'exercice de ces facultés sup-

(82) Cf. GUYOT : *La Renaissance des retraits*. *Rev. Crit.* 1924, p. 101 et s.

(83) La cession de quote-part portant un objet déterminé compris dans une masse indivise doit être soigneusement distinguée de la cession d'un droit de copropriété. Cette dernière cession produit un effet immédiat, le copropriétaire cède un droit fixe et le cessionnaire exerce, de suite, les prérogatives qui y sont attachées. Cf. IONASCO, *thèse précitée*, n^{os} 101 et s.

poserait une mise en possession que les coindivisaires de son auteur sont en droit de lui refuser. Il ne peut intervenir au partage qu'en qualité de créancier du cédant (art. 882 C. civ.). Quels seront ses droits au jour du partage ? Ou bien le cédant est alloti du bien dont il a cédé sa part indivise, la cession consentie est consolidée, sans être cependant élargie : le cessionnaire devient le copropriétaire de son cédant à concurrence de la quote-part de ce dernier. La cession a créé une indivision nouvelle. Ou bien, l'immeuble est mis au lot d'un autre indivisaire, et la cession s'évanouit, le cédant est réputé n'avoir jamais été propriétaire du bien cédé. Enfin l'immeuble indivis a pu être vendu aux enchères et adjugé à un étranger : la créance du prix d'adjudication prend alors dans la masse la place du bien licité, et la validité de la cession est fonction du résultat du partage. La cession devient sans effet si le prix d'adjudication est mis tout entier au lot d'un indivisaire autre que le cédant. Une fraction de ce prix est-elle mise au lot du cédant ? la cession consentie est validée dans cette mesure ⁽⁸⁴⁾, le cessionnaire devient le copropriétaire de l'adjudicataire. Cette cession de quote-part dans un objet déterminé ne peut être une source de crédit appréciable pour le cédant ; souvent elle contrarie l'adjudication. Il faudrait en bonne logique l'interdire, et suivre sur ce point les § 2033 et 2040 du B. G. B.

L'hypothèque d'une part indivise, lorsque la masse comprend des immeubles, est courante. Elle résulte des hypothèques légales de l'article 2121 du Code civil qui ont un caractère général et frappent la part indivise que le débiteur acquiert dans la communauté dissoute. Ainsi l'hypothèque légale des mineurs grève la part de l'époux survivant chargé de la tutelle. Elle résulte aussi de l'hypothèque judiciaire (art. 2123) et des privilèges généraux de l'article 2101 du Code civil, en tant qu'ils grèvent subsidiairement les immeubles. La constitution d'hypothèque conventionnelle sur part indivise est souvent utilisée à titre de garantie supplémentaire. L'indivisaire, dont les immeubles personnels n'offrent pas une garantie suffisante à ses créanciers, hypothèque en

(84) SIESSE, *op. cit.*, p. 266.

même temps sa part indivise. Ou bien l'un des héritiers a pu, avant le décès de son auteur, constituer hypothèque sur tous ses biens présents et à venir. L'hypothèque conventionnelle sur part indivise n'est utilisée, à titre de garantie principale, qu'au cas où la masse comprend une forte proportion d'immeubles. L'indivisaire constituant est alors assuré de recevoir un immeuble en partage, lorsque, du moins, il n'est pas tenu à d'importants rapports de dettes.

Le sort des hypothèques constituées sur parts indivises est fonction des résultats du partage. Y a-t-il partage en nature, l'immeuble est-il mis au lot du constituant, l'hypothèque consentie est consolidée ; mais la question se pose de savoir si l'effet de l'hypothèque porte uniquement sur la part de l'indivisaire dans l'immeuble ou s'il s'étend à l'immeuble tout entier qui est mis dans son lot. Les hypothèques légales, l'hypothèque judiciaire, les hypothèques sur les biens présents et à venir portent sur l'immeuble tout entier ; ce sont des hypothèques générales. Dans les autres cas, il faut s'en tenir à la volonté des parties ⁽⁸⁵⁾ : l'hypothèque constituée sur la seule part indivise doit demeurer restreinte à la part du constituant dans l'immeuble. Si toutefois l'indivisaire a hypothéqué d'avance tout l'immeuble ou la portion d'immeuble qui serait mise dans son lot, il a consenti une hypothèque conditionnelle, qui produit son plein effet lorsque la condition est réalisée ; on ne saurait dire qu'il y a hypothèque de la chose d'autrui, puisqu'en vertu de l'effet déclaratif le constituant est propriétaire du jour de la dissolution de la communauté. Si, dans le partage en nature, l'immeuble est attribué ^(85 bis) à un autre indivisaire, l'hypothèque, constituée par un ayant droit non attributaire, s'évanouit.

(85) Voir BAUDRY-LACANTINERIE et GUYOT : *Précis de Droit Civil*, 12^e éd., III, n° 826. PLANIOL, RIPERT, MAURY et VIALLETON : IV, n° 664, note 1, et les références citées par ces auteurs.

(85 bis) En faisant remonter le droit de l'attributaire à la naissance de l'indivision, l'effet déclaratif du partage affranchit l'immeuble de toutes les hypothèques nées du chef des autres ayants droit. On a dit justement qu'il réalisait une dispense légale de purge. Cf. DESSERTAUX . *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif du partage en droit civil français*. Thèse Dijon, 1908, p. 300.

Le partage en nature n'est pas toujours possible ; il est souvent procédé à la licitation de l'immeuble, qui est adjugé à l'un des indivisaires ou à un étranger. Dans le premier cas, le créancier hypothécaire ne peut faire valoir aucun droit de préférence sur la part du prix d'adjudication qui revient à son débiteur, son hypothèque inexistante et sans fondement ne saurait lui conférer un tel privilège, à défaut de texte l'édicant ⁽⁸⁶⁾. Lorsque c'est un étranger qui s'est porté adjudicataire, le tiers reste tenu de l'hypothèque, l'adjudication vaut vente à son égard et il ne devient propriétaire que du jour de l'adjudication. Mais dans quelle mesure le créancier hypothécaire va-t-il exercer ses droits : à concurrence de la quote-part de son débiteur, ou de la part du prix effectivement mise au lot de ce dernier ? L'arrêt des Chambres réunies du 5 décembre 1907 ⁽⁸⁷⁾ a fait prévaloir cette dernière solution : la créance du prix subrogée à l'immeuble devient une valeur de la masse, les droits des créanciers hypothécaires ne seront déterminés que d'après la part de créance mise au lot de leur débiteur.

L'hypothèque sur part indivise est essentiellement instable, le créancier ne sait si l'immeuble sera attribué par le partage à son débiteur ; au cas d'adjudication, il ne peut déterminer la part du prix qui revient à ce débiteur : les récompenses ou autres dettes nées pendant l'indivision du chef de ce dernier et qu'il doit

(86) Voir PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, XII, n° 423. Voir en faveur de ce droit de préférence COLIN et CAPITANT, t. III, p. 513 *in fine*. LEBRET : *Du sort des droits consentis sur les biens indivis*. *Rev. Crit.* 1928, p. 498 et 519.

(87) Dans le même sens. Req., 2 février 1925 précité et Civ., 2 juillet 1925. D. P. 1926, 1, 57. Note SAVATIER.

Les droits consentis par les indivisaires survivent sur l'immeuble après son adjudication au profit d'un tiers et ne prennent normalement fin que par la purge hypothécaire. Le créancier du chef de l'attributaire du prix, appelé à la procédure de purge, reçoit automatiquement ce qui lui est dû, dans la mesure, du moins, des sommes attribuées à son débiteur.

Pour éviter le mécanisme de la purge, un auteur, M. LEBRET, *Rev. Crit.* 1928, *loc. cit.*, p. 476 et s., a proposé un système plus favorable au tiers adjudicataire et aux coindivisaires du constituant : celui de l'opposabilité aux coindivisaires des droits consentis par un seul ayant droit, sur les biens indivis. Ce système dénie aux droits hypothécaires consentis par les attributaires du prix tous effets sur l'immeuble et les reporte sur le prix seul.

De telles hypothèques ne conféreraient qu'un simple droit de préférence sur le prix ; les droits des créanciers seraient sauvegardés par une opposition au partage.

rapporter à la masse, viennent réduire d'autant cette part ou la supprimer. Le créancier qui veut s'assurer un droit certain doit exiger le concours de tous les ayants droit. La loi du 31 décembre 1910 modifiant l'article 2125 du Code civil a prescrit dans ce but que l'hypothèque concurremment consentie par tous les indivisaires ne serait plus primée par le privilège du copartageant. Une telle hypothèque conserve sa pleine validité, quel que soit le résultat ultérieur du partage ou de la licitation.

Un dernier moyen de crédit s'offre à l'indivisaire : la mise en gage de sa part mobilière dans la masse. Ce n'est là qu'une solution théorique car on se heurte pratiquement à l'impossibilité de remplir les conditions exigées par la loi pour la constitution du gage (88).

B. — LES ACTES DE DISPOSITION CONSENTIS PAR L'UN SEUL DES INDIVISAIRES SUR LES BIENS DE LA MASSE. — En consentant des droits sur leur part indivise, les indivisaires agissent sur leur patrimoine personnel ; les actes qu'ils accomplissent ne rejaillissent pas sur la masse au détriment des autres intéressés ; ils agissent par anticipation dans la limite des droits qui leur écherront en partage.

La situation est tout autre, lorsqu'ils agissent directement sur les éléments de la masse pour accomplir des actes juridiques qui emportent un exercice actuel et immédiat du droit de propriété. En présence d'une telle dilapidation du patrimoine indivis, quelles sont les mesures de protection prévues par la loi ou admises en jurisprudence ? Le cas spécial des aliénations consenties par le mari pendant l'instance en divorce doit d'abord être examiné. Les actes individuels de disposition au cours de l'indivision proprement dite soulèvent aussi des questions délicates.

1° *Les aliénations consenties par le mari pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps.* — Jusqu'à la transcription du jugement de divorce ou à la publication du jugement de séparation de corps, le mari garde au regard des tiers ses pouvoirs exorbitants. Les aliénations qu'il consent, les obligations qu'il con-

(88) Voir Civ., 9 février 1894. S. 1894, 1, 273. D. P. 1894, 1, 620.

tracte conservent leur plein effet. Mais la loi a prévu que le mari ne manquerait pas d'abuser de ses prérogatives, elle a institué une mesure de protection de la femme : l'annulation des actes frauduleux (art. 243 C. civ.). Etendu à la séparation de corps (art. 307 C. civ.) cet article décide que « toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention à l'article 235 du Code civil (ordonnance permettant de citer en conciliation) sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle a été contractée en fraude des droits de la femme ». Les termes mêmes de cet article montrent que la loi a voulu étendre aux rapports des époux coindivisaires les règles de l'action Paulienne, que l'article 1167 donne aux créanciers à l'encontre de leurs débiteurs. Les conditions d'exercice de l'action Paulienne doivent être réunies : préjudice de la femme, fraude du mari, complicité des tiers acquéreurs à titre onéreux. La fraude du mari ne consiste pas, comme pour le débiteur, dans la connaissance de son insolvabilité, mais dans son intention de réaliser l'aliénation à son profit exclusif et par là de supprimer ou de diminuer la part que la femme aurait recueillie dans le partage de la masse. En présence d'un acte à titre onéreux, la complicité du tiers acquéreur doit être prouvée, et elle peut être facilement établie : elle résulte, non de la connaissance de l'intention frauduleuse du mari, mais du seul fait que le tiers était au courant de la demande en divorce ou en séparation de corps ⁽⁸⁹⁾. A défaut de cette complicité, l'acte doit être respecté. Pour les actes à titre gratuit, la femme n'a pas à prouver cette complicité ; la preuve de la fraude du mari suffit pour obtenir l'annulation. La femme doit bénéficier des mêmes avantages que les créanciers qui exercent l'action Paulienne ⁽⁹⁰⁾.

(89) Lyon, 5 mars 1925. *Mon. Jud.*, Lyon 24 juillet 1928. Trib. Civ. Marseille, 15 mars 1928. *Gaz. Pal.* 1928, 2, 162. Trib. Civ. Seine, 29 janvier 1927. *Gaz. Pal.* 1927, 1, 327.

Voir pour un cas de complicité non établie : Trib. Com. Marseille, 26 mars 1924. *Rec. Marseille* 1925, 1, 379.

(90) En ce sens, Aix, 10 mai 1906, précité. S. 1908, 2, 61. Paris, 5 nov. 1920. D. P. 1921, 2, 70. S. 1922, 2, 10. *Contra.* AUBRY et RAU et BARTIN ; t. VII, p. 337, 1, 480, texte et note 5, qui n'admettent la révocation de la donation qu'au cas de complicité du tiers donataire.

La femme a ainsi le moyen de faire annuler les actes de disposition du mari entachés de fraude, et la jurisprudence accueille volontiers son action, dès que les circonstances paraissent suspectes ⁽⁹¹⁾. Au surplus elle reconnaît à la femme le droit d'agir pendant l'instance ; l'acte qu'elle poursuit étant entaché d'une cause de nullité actuelle, il faut lui permettre d'agir immédiatement (Paris, 30 octobre 1924, *Gaz. Pal.*, 1924, 2, 672). Le désistement de l'instance ou la réconciliation des époux n'est pas un obstacle à la demande en nullité.

On s'est demandé si l'article 243 du Code civil n'édicte pas une règle spéciale à la période de l'instance en divorce ⁽⁹²⁾, en établissant une véritable présomption de fraude pour les actes de disposition du mari. L'article 243 n'est en réalité qu'une application à la période de l'instance, des principes généraux de protection contre la fraude qui gouvernent l'action Paulienne, mais pendant cette période la preuve de la fraude du mari et de la complicité des tiers se trouve facilitée. On ne peut dire que la date indiquée à l'article 243 du Code civil constitue une date fatale en deçà de laquelle les actes frauduleux du mari échappent à toute nullité. La Cour de Cassation ⁽⁹³⁾ a décidé que l'aliénation frauduleuse consentie par le mari au cours de la communauté tombe sous le coup de l'article 243, lorsque l'acte entaché de fraude a été consommé en vue du divorce ou de la séparation de corps à intervenir et pour porter atteinte aux droits de la femme dont l'ouverture était dès lors prévue ⁽⁹⁴⁾.

La révocation de l'acte frauduleux a pour effet de replacer dans la masse les biens aliénés ; mais toute aliénation frauduleuse

(91) Voir notamment Trib. Civ. Beauvais, 11 juillet 1924. D. H. 1924, 732, au sujet de dettes fictives réclamées à la communauté par la seconde femme du conjoint divorcé.

(92) VÉRON : *Les actes accomplis par le mari sur les biens de la communauté en fraude des droits de la femme*. Thèse Paris, 1924. p. 233 et s.

(93) Civ., 23 janvier 1928. D. P. 1928, 1, 86. Rapport de M. le Conseiller Ambroise Colin. S. 1928, 1, 168. D. H. 1928, 115.

(94) Nous avons vu, d'ailleurs, qu'une fois la communauté dissoute, la femme est fondée à demander l'annulation de tout acte frauduleux accompli au cours de la communauté lors même que la fraude n'a pas été guidée par la perspective du divorce à intervenir.

Mais pour les aliénations antérieures à la dissolution, la complicité du tiers doit s'entendre de la connaissance de l'intention frauduleuse du mari.

constitue une tentative de divertissement et, comme telle, tombe sous le coup de l'article 1477 ⁽⁹⁵⁾ : Le mari est privé de sa part dans les biens qu'il a frauduleusement aliénés.

2° *Les actes de disposition consentis sur les biens indivis par un seul ayant droit.* — Laissant de côté la période spéciale de l'instance en divorce, il faut envisager le cas où l'un des indivisaires agit directement sur les biens de la masse, comme s'ils lui appartenaient personnellement ⁽⁹⁶⁾. Il arrive ainsi que l'auteur survivant consente l'aliénation totale d'un immeuble indivis ; il ne craint pas d'excéder ses droits, comptant sur la ratification de ses enfants. A-t-il vendu la totalité de l'immeuble en révélant à l'acquéreur l'état d'indivision du bien, il n'y a pas vente de la chose d'autrui, la vente est conditionnelle. Le tiers a acquis l'immeuble sous la condition qu'il serait mis au lot de son vendeur au jour du partage (Douai, 14 octobre 1924, *Rec. Douai*, 1925, p. 26). Si la condition se réalise, l'acquéreur devient rétroactivement propriétaire à compter du jour de la vente (art. 1179 C. civ.). Si la condition fait défaut, la vente est anéantie. La situation est analogue à celle de l'hypothèque conditionnelle, mais pratiquement moins fréquente.

Ordinairement, le père ou la mère vend purement et simplement l'immeuble, sans prévenir l'acquéreur que ce bien est en état d'indivision. Il y a alors vente de la chose d'autrui pour les quote-parts des autres indivisaires (art. 1599 C. civ.). La vente doit être nulle à concurrence de ces quote-parts. L'étendue de la nullité varie toutefois selon la personne qui agit en nullité : Ou bien, c'est l'acquéreur qui agit. Il a ignoré l'état d'indivision du bien, l'acquisition qu'il a faite n'a d'intérêt pour lui qu'autant qu'elle porte sur la totalité de la chose, peu lui importe l'acqui-

(95) Voir notamment : Civ., 11 nov. 1895. D. P. 1896, 1, 44. S. 1896, 1, 281. Note Houpin. Civ., 8 juillet 1912. D. P. 1913, 1, 409, note Guénée. S. 1913, 1, 308.

(96) Seuls les cas d'aliénation sont à envisager. La constitution d'hypothèque par un seul indivisaire agissant sur un immeuble de la masse comme si cet immeuble lui était propre, ne peut se rencontrer, car la constitution d'hypothèque se fait par acte authentique qui révèle, dans l'origine de propriété, l'état d'indivision de ce bien.

sition de la seule quote-part du vendeur. En connaissance de cause, il n'aurait pas acheté, il a donc été victime d'une erreur et cette erreur substantielle a vicié son consentement. Il lui suffira d'établir, aux termes de l'article 1110 du Code civil le caractère substantiel de cette erreur, pour obtenir l'annulation immédiate et totale de l'opération ⁽⁹⁷⁾. Mais cet acquéreur pouvait être de mauvaise foi, il connaissait l'état d'indivision. Il doit être traité différemment au point de vue de l'action en nullité, il obtiendra seulement la nullité partielle de l'opération, dans la mesure où il y a eu vente de la chose d'autrui. L'effet du contrat subsiste pour la quote-part du vendeur, avec les aléas et les incertitudes d'une telle cession ^(97 bis).

Ou bien, les indivisaires non vendeurs vont agir : ils ne veulent pas ratifier un acte de disposition passé sans leur assentiment. La jurisprudence leur reconnaît le droit d'agir immédiatement pour demander la nullité de la vente, à concurrence de leur quote-part; mais elle laisse subsister l'effet du contrat pour la part du vendeur ⁽⁹⁸⁾. La vente totale est réduite à celle d'une

(97) Req., 16 janv. 1810. D. J. G. V° Echange n° 19. Bastia, 18 avril 1855. D. P. 1885, 2, 305. Voir *A Contrario*, Civ., 23 avril 1879. S. 1881, 1, 355. 18 novembre 1879. D. P. 1880, 1, 55 et la note. Cf. LASSALLE-HERROU : *Des droits consentis par les copropriétaires ou nés de leur chef pendant l'indivision*. Thèse Bordeaux 1913, p. 41 et s. IONASCO : *La copropriété d'un bien* : Thèse Paris 1930, n° 56. Ce système de la nullité pour le tout est préconisé par M. Solus. Comment. sur Trib. Civ. Marseille, 28 octobre 1930. *Gaz. Pal.* 1930, 2, 989, dans *Rev. Trim.* 1931, p. 170.

(97 bis). Civ., 18 nov. 1879 précité. Civ., 20 juillet 1925. D. H. 1925, 649. S. 1926, 1, 221.

Le vendeur ne peut agir en nullité. La nullité de la vente de la chose d'autrui est simplement relative, elle n'est ouverte qu'à l'acquéreur et aux coindivisaires pour les protéger du danger de leur situation.

(98) Civ., 24 juillet 1866. D. P. 1867, 1, 36. Civ., 23 avril et 18 nov. 1879, précitées. Civ., 24 février 1894. D. P. 1894, 1, 235. S. 1896, 1, 209. Note LYON-CAEN. Req., 18 mars 1912. D. P. 1913, 1, 198.

Bordeaux, 26 avril 1926. D. P. 1927, 2, 103. Note de M. GEO MINVIELLE. *Journ. des Notaires et des Avocats*, 5 déc. 1927, art. 35, 283. (On présente cet arrêt comme ayant prononcé la nullité absolue. En réalité, le procès était engagé entre le coindivisaire non vendeur et le tiers acquéreur. L'arrêt est dans sa portée limité aux intérêts des parties en cause.) Nancy (1^{re} Ch.), 28 janvier 1927. Rec. Nancy 1928, n° 62.

part indivise. La solution est la même pour une promesse de vente (99).

A ces solutions formelles de la jurisprudence, on a cherché à opposer au cours du siècle dernier et récemment encore un système différent. La validité d'un acte individuel de disposition sur un bien indivis ne pourrait être appréciée qu'après le partage. Seul le partage permettrait de dire s'il y a eu ou non vente de la chose d'autrui. On ne peut avant ce partage savoir si la vente sera valable ou nulle, elle sera l'un ou l'autre suivant que le bien sera mis ou non dans le lot de l'aliénateur. Il faudrait ainsi, dès l'origine, reconnaître aux aliénations consenties par un seul ayant droit « un germe de validité, une valeur en puissance » qui les assimilerait à des actes conditionnels, à des cessions de droits éventuels. Les résultats du partage viendraient confirmer rétroactivement la vente ou la résoudre pour le tout (100). Ce système cherche à maintenir un lien entre le vendeur et l'acquéreur jusqu'au partage, pour faire jouer à leur profit l'effet déclaratif et valider l'acte consenti. Il a pour conséquence de différer jusqu'au partage l'action des coindivisaires du vendeur. Tant que dure l'indivision, ces coindivisaires ne doivent pas agir, il n'en serait autrement qu'au cas de prise en possession par l'acheteur de l'immeuble vendu (100 bis), ils useraient alors de leur action en revendication.

Ce système, adopté au cours du XIX^e siècle par quelques Cours

(99) Civ., 22 novembre 1926, S. 1927, 1, 169. Note VIALLETON. D. P. 1927, 1, 123. Note LALOU. *Gaz. Pal.* 1927, 1, 208. La Cour de Paris s'était prononcée pour la nullité totale. La Chambre Civile a déclaré la promesse valable pour la part de la mère. De même, Civ., 20 juillet 1925. S. 1926, 1, 221, précité.

(100) En ce sens : WAHL : note sous Trib. de l'Empire (Allemagne, 20 mars 1894. S. 1895, 4, 25. VIALLETON, note sous Civ., 22 nov. 1926, précité. S. 1927, 1, 169. GUILLOUARD : *Traité de la vente et de l'échange*, tome I, n° 191. DEMOGUE : *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*. *Rev. Trim.* 1905, p. 741 et s. DESSERTAUX : Thèse précitée, p. 302. SIESSE, *op. cit.*, p. 258-259.

(100 bis) C'est ainsi que ces auteurs ne peuvent étendre leur système au bail consenti par un seul indivisaire, le bail entraînant une prise de possession immédiate. Cf. VIALLETON, Comment. sur Paris (2^e Ch.), 27 février 1929. D. P. 1929, 2, 75, dans *Rev. Crit.* 1929, p. 530. Cet arrêt a décidé, contrairement à l'opinion admise généralement, que la nullité d'un tel bail ne peut être demandée jusqu'au partage.

d'appel ⁽¹⁰¹⁾, n'est pas retenu par la Cour suprême et justement, semble-t-il. Une vente ne peut valoir comme conditionnelle que lorsque la condition entre expressément dans l'esprit des contractants. L'attribution en partage n'est qu'une éventualité dont il ne peut être tenu compte qu'au cas où le vendeur a prévenu l'acquéreur du caractère conditionnel de la vente ^(101 bis). D'autre part, pour déterminer si une vente est nulle comme portant sur la chose d'autrui, il faut considérer les droits du vendeur au moment de la conclusion du contrat. Dès l'instant que le vendeur n'a pas la propriété exclusive, il vend la chose d'autrui, à concurrence de ce qui excède sa part, les autres intéressés ont le droit d'agir immédiatement pour la sauvegarde de leurs droits ; en tenant l'action en suspens jusqu'au partage, on ne sait jusqu'à quelle date on en recule l'exercice. Les auteurs qui critiquent la solution jurisprudentielle s'en prennent en fin de compte au résultat peu satisfaisant auquel elle aboutit. Le contrat originaire entre le vendeur et l'acquéreur se trouve tronqué dans des conditions incompréhensibles ⁽¹⁰²⁾. L'acquéreur n'a plus qu'un droit partiel et ce droit peut s'évanouir au jour du partage. L'effet de cette aliénation se ramène à la cession d'une part indivise et elle présente, il est vrai, tous les inconvénients d'une telle cession. La jurisprudence, soucieuse de la stricte égalité entre copartageants, limite la validité des droits consentis à la mesure de la part indivise. Elle reste par là fidèle à l'esprit du système romain.

L'acquéreur qui veut être assuré d'un droit stable doit exiger le concours à la vente de tous les ayants droit. L'acte de disposition collectif lui offre une sécurité définitive, son effet n'est pas remis en jeu au moment du partage. Si les divers intéressés qui n'ont pas pris part à la vente veulent ratifier l'acte expressément

(101) Bordeaux, 11 juin 1857. S. 1857, 2, 666. Montpellier, 28 janvier 1858. S. 1859, 2, 309. Dijon, 18 juin 1890. *Gaz. Pal.* 1890, 2, 323. Nancy, 9 mai 1891, sous Civ., 28 février 1894, précité. Bordeaux, 1^{er} décembre 1899, D. P. 1900, 2, 381.

(101 bis) M. Siesse, partisan du système de l'aliénation conditionnelle reconnaît que cette analyse a l'inconvénient de transformer arbitrairement ce qui, dans l'intention de l'acquéreur, doit constituer une opération d'acquisition pure et simple en une acquisition conditionnelle. *Op. cit.*, p. 259.

(102) VIALLETON, note sous Civ., 22 nov. 1926, S. 1927, 1, 169, précitée.

ou de façon tacite, en n'attaquant pas la vente, l'aliénation devient définitive. La créance du prix, les deniers versés ou les biens acquis en emploi sont subrogés dans la masse à l'immeuble vendu.

§ II. — LES RAPPORTS DE CRÉDIT DES INDIVISAIRES AVEC LES TIERS

Les créances de la communauté dissoute à l'encontre des tiers et les dettes dont elle est redevable envers eux sont soumises au cours de l'indivision à des règles propres qui les distinguent des créances et des dettes héréditaires. La solution appliquée aux créances relève essentiellement de la jurisprudence, celle qui concerne les dettes résulte en partie de l'application des dispositions légales (art. 1482 à 1491 C. civ.). Il y a lieu de les examiner successivement.

A. — LES CRÉANCES DE LA MASSE INDIVISE À L'ENCONTRE DES TIERS. — Ces créances sont-elles soumises au principe général de la division automatique entre les divers ayants droit, selon l'article 1220 du Code civil ? A la dissolution de la communauté, chaque époux est-il constitué créancier pour une part de moitié, cette moitié se fragmentant à son tour en autant de parts qu'il y a d'héritiers venant à la succession de l'époux décédé ?

La question ne se pose pas pour les créances indivisibles, qui doivent à leur nature d'échapper à toute division et figurent dans la masse jusqu'au jour où elles sont réparties. La notion d'indivisibilité n'est nullement incompatible avec celle d'indivision, elle exclut seulement toute division en quote-parts : au cours de l'indivision, chaque ayant droit ne peut avoir une part chiffrable sur un élément indivisible ; et au jour du partage l'indivisibilité entraîne l'attribution totale de la créance à un seul copartageant. Les stipulations d'indivisibilité sont moins rares qu'on ne le croirait à première vue : Les statuts de sociétés par actions et les actes d'émission d'obligations ne manquent pas de stipuler que les actions, parts de fondateur ou obligations sont indivisibles au décès du créancier : La société ne reconnaît qu'un seul proprié-

taire, elle n'admet pas que chaque indivisaire demande un titre distinct ou réclame sa part fractionnaire de dividendes. Un seul ayant droit doit être désigné pour la représentation à l'assemblée d'actionnaires ⁽¹⁰³⁾. Mais la division de plein droit n'est-elle pas possible, lorsque la masse comprend un nombre de titres divisible par deux ? Il n'y a pas lieu de le décider, car chaque titre constitue à lui seul une créance distincte et indivisible ; l'indivision durant, tout indivisaire conserve des droits sur chaque élément de la masse : celui d'entre eux qui utiliserait à son profit des titres au porteur en vue d'une négociation ou d'un remboursement se heurterait, de la part des autres ayants droit, au droit d'opposition prévu par la loi du 15 juin 1872. Au surplus, lorsque les titres sont nominatifs, ils ne peuvent se diviser unité par unité entre les indivisaires ; la conversion au porteur ou le transfert à leur nom qui permettra la division, n'intervient qu'après le partage.

Le droit au bail constitue de même une créance indivisible à l'encontre du bailleur, et il conserve ce caractère aussi longtemps que le partage ne l'a pas attribué à l'un ou l'autre des intéressés. Le mari ne peut exiger le déguerpissement de la femme restée en possession des lieux loués ⁽¹⁰⁴⁾ ; d'autre part le congé donné par le propriétaire au mari seul n'est pas opposable à la femme ⁽¹⁰⁵⁾.

Pour les créances divisibles de leur nature, une grave opposition s'est présentée en matière héréditaire entre l'article 1220 du Code civil, d'après lequel « les héritiers ne peuvent demander la dette que pour les parts dont ils sont saisis comme représentant le créancier » et l'article 832 du Code civil qui, à l'envers du précédent, décide qu'« il convient de faire entrer dans chaque lot la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature ou valeur ». La conciliation entre ces deux tendances divergentes, l'une excluant les créances de la

(103) SIESSE, *op. cit.*, p. 273. Cour de Liège, 14 juin 1905. *Journal des Sociétés* 1907, p. 312.

(104) Dijon, 8 décembre 1925. D. P. 1927, 2, 111. S. 1926, 2, 26. D. H. 1926, 197.

(105) Trib. Civ. Seine, 10 février 1926. D. P. 1927, 2, 112. D. H. 1926, 200. Voir PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 171.

masse héréditaire, l'autre les intégrant à cette masse, a été réalisée par la jurisprudence. Le domaine de l'article 1220 est aujourd'hui de plus en plus restreint. L'arrêt solennel des Chambres réunies du 5 décembre 1907 ⁽¹⁰⁶⁾ a consacré cette restriction, il a décidé que la créance du prix d'adjudication de l'immeuble licité au cours de l'indivision « entre dans l'actif à partager pour y être soumise, comme l'aurait été l'immeuble lui-même qu'elle remplace, aux règles ordinaires du partage ». La créance demeure indivise jusqu'au partage « ce qui exclut l'application en cette matière de l'article 1220 d'après lequel les créances héréditaires se divisent entre les héritiers du créancier proportionnellement à leur part, lorsqu'il s'agit d'en poursuivre le paiement contre les débiteurs ». Une double solution découle de cette décision :

En ce qui concerne le prix d'adjudication l'article 1220 est complètement écarté. Les cohéritiers ne peuvent poursuivre séparément le paiement de leur part dans le prix, de même que le tiers adjudicataire ne peut se libérer en versant à chacun sa quote-part dans la créance. Ce prix forme bloc, il figure au compte de la masse héréditaire ; la seule ressource de l'acquéreur est de consigner le prix ou de le verser aux mains du notaire liquidateur de la masse héréditaire.

Pour les autres créances héréditaires, nées du vivant du défunt, l'effet de l'article 1220 est limité au droit de poursuite, l'arrêt des Chambres réunies le dit expressément. La divisibilité ne s'applique que dans les rapports du cohéritier et du tiers débiteur ; chaque cohéritier peut réclamer au débiteur le paiement de sa part de créance, de même le débiteur, qui prend l'initiative de régler à chaque créancier sa part, se trouve définitivement libéré (Paris, 20 mai 1892, D. P., 1892, 2, 357). En outre, si le débiteur du défunt se trouve être créancier de l'un des co-

(106) D. P. 1908, 1, 113, note AMBROISE COLIN. S. 1908, 1, 5. Note LYON-CAEN.

Dans le même sens, Req., 2 février 1925, précité. Note SAVATIER. D. P. 1926, 1, 57.

VOIR CAPITANT, *Rev. Crit.* 1929, *loc. cit.*, n° 19. Sur la distinction entre les créances nées au cours de l'indivision héréditaire et celles antérieures au décès, qui reposaient sur la tête du défunt. Cf. PERCELOU, note P. F. pér. 1905, p. 215, col. 1.

héritiers ou le devient, sa dette s'éteint par l'effet de la compensation à concurrence de la part du cohéritier ⁽¹⁰⁷⁾. Mais là s'arrête l'application de l'article 1220. Dans les rapports entre cohéritiers, la créance demeure indivise. L'article 1220 n'a fait que régler provisoirement les rapports des débiteurs de la succession avec les cohéritiers, il n'a pas partagé les créances ⁽¹⁰⁸⁾. Toute somme individuellement reçue par les divers intéressés doit être reversée au compte de la masse ; à défaut, l'indivisaire sera tenu d'en assurer le rapport au jour de la liquidation. La créance est donc un élément de la masse héréditaire, qui peut en partage être attribuée intégralement à l'un des ayants droit. L'effet déclaratif du partage s'applique à cette créance comme à tout autre bien héréditaire.

Le système de la division des créances limitée au seul droit de poursuite est présenté comme le moyen le plus efficace pour assurer le recouvrement des créances ⁽¹⁰⁹⁾ : il empêche l'un des cohéritiers de souffrir de l'inertie de ses coindivisaires. Il nous semble que ce système comporte plus d'inconvénients que d'avantages : le paiement d'une fraction de créance quelconque aux mains de l'un des cohéritiers avant le partage peut causer un préjudice aux autres cohéritiers : Il suffit d'imaginer que l'un des héritiers soit débiteur de rapports en moins prenant ⁽¹¹⁰⁾, qui absorbent sa part dans la masse. Il ne peut imputer la part de créance qu'il a touchée sur sa part dans la masse qui est inexistante ; d'autre part les éléments sur lesquels les autres cohéritiers exercent leurs prélèvements se trouvent réduits d'autant.

La jurisprudence a prévu que de tels inconvénients seraient plus sensibles dans l'indivision qui suit la dissolution de la communauté. Les rapports à la masse indivise et les prélèvements qui en sont la contre-partie sont alors fréquents ; ils cons-

(107) Civ., 4 décembre 1866. D. P. 1866, 1, 430. S. 1867, 1, 5. Note BOURGUIGNAT.

(108) BAUDRY-LACANTINERIE et GUYOT, *Précis de Droit Civil*, t. III, n° 825.

(109) PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, p. 180, n° 822. NAST : note sous Civ. 25 juillet 1923. D. P. 1926, 1, 153.

(110) Voir GIRAUD : *Du partage des créances et de l'inapplicabilité totale de l'article 1220 C. Civ. dans une indivision comprenant des rapports en moins prenant*. *Rev. Crit.* 1928, p. 333 et s.

tituent la règle dans toute indivision postcommunautaire. La part des indivisaires ne peut être déterminée qu'après la liquidation, et elle ne correspond pas souvent à la quote-part nominale purement apparente.

Adoptant pour les créances comprises dans la communauté dissoute une solution plus radicale, la jurisprudence écarte complètement l'application de l'article 1220. Jusqu'au partage, les droits des indivisaires sur les créances demeurent indéterminés, chaque communiste n'est pas investi de la propriété incommutable de moitié d'elles. Il y a lieu de retracer la formation de cette jurisprudence qui ne s'est pas établie sans fluctuations, d'examiner l'argumentation sur laquelle elle repose et le bien fondé de son résultat.

Dans un arrêt qui remonte à 1834 ⁽¹¹¹⁾, la Chambre civile a décidé que le prix de licitation d'un immeuble dépendant de la communauté dissoute ne se partage pas de plein droit entre le conjoint survivant et les héritiers de l'époux décédé, alors que la liquidation établissait que l'auteur survivant était redevable de récompenses qui absorbaient sa part dans la communauté. L'adjudicataire ne peut valablement se libérer qu'en versant le prix aux mains de l'époux ou de ses représentants que l'acte de partage aura déclaré propriétaire. Statuant en 1837 ⁽¹¹²⁾ sur le cas d'une saisie-arrêt pratiquée par un créancier de l'épouse survivante sur la part de sa débitrice dans une créance de la communauté, la Chambre des Requêtes a décidé que cette saisie-arrêt était non avenue jusqu'au partage. Dans l'espèce tous les droits de la veuve étaient absorbés par les récompenses dont elle était débitrice, la créance fut tout entière attribuée aux héritiers du mari, la saisie-arrêt ne leur était pas opposable. En 1876 un arrêt de la Cour de Bourges ⁽¹¹³⁾ déclarait, de même, que l'article 1220 ne régit pas les créances dépendant de la commu-

(111) Civ., 18 juin 1834. D. Jur. Génér. Contr. de mar., n° 2320. S. 1834, 1. 734.

(112) Req., 24 janvier 1837. D. Jur. Génér. Contr. de mar., n° 2319. S. 1837, 1, 106. Pour la saisie-arrêt pratiquée après la rédaction de l'acte liquidatif, voir Civ., 21 octobre 1919. D. P. 1920, 1, 8, et Comment. DEMOGUE dans *Rev. Trim.* 1921, p. 254.

(113) Bourges, 22 février 1876. D. P. 1878, 2, 77. S. 1876, 2, 136.

nauté : « La demande en validité d'une saisie-arrêt formée par les indivisaires constitue une seule et même action dont le chiffre dépasse les limites du dernier ressort et non une série d'actions distinctes exercées par chaque demandeur en premier et en dernier ressort. » Rompant avec cette solution qui semblait acquise, la Chambre des Requêtes en 1881 ⁽¹¹⁴⁾ venait permettre aux indivisaires de poursuivre avant le partage le recouvrement des créances à concurrence de leur part : « S'il est vrai qu'à défaut d'une liquidation et d'un partage qui aient fixé leurs droits et leur aient fait les attributions que ces droits comportaient, les indivisaires ne peuvent exiger, chacun pour une quotité dès à présent déterminée, le versement entre leurs mains de la créance dépendant de la communauté, toutefois leur qualité de communiste leur donnait intérêt et leur conférait action pour assurer le recouvrement de la créance. Cette action ne saurait être subordonnée à la liquidation de la communauté, ni paralysée par l'inaction de certains communistes, sans suspendre indéfiniment le paiement des dettes échues et livrer le créancier aux incertitudes que comporte la solvabilité de son débiteur ». En contrepartie de ce droit de poursuite individuelle, la Cour suprême prévoyait le dépôt des sommes recouvrées à la Caisse des Consignations pour la sauvegarde des intérêts communs. En 1883 ⁽¹¹⁵⁾ elle admettait, par application de l'article 1220, que la divisibilité de la créance entre les ayants droit était un obstacle à la recevabilité de l'appel, lorsque la part de chaque indivisaire était inférieure à 1.500 francs, taux du dernier ressort (art. 1^{er}, loi 11 avril 1838). Mais, revenant sur ces décisions, la Chambre civile par un arrêt du 18 octobre 1893 ⁽¹¹⁶⁾ refusait d'admettre une

(114) Req., 7 février 1881. D. P. 1881, 1, 425. S. 1882, 1, 253.

Voir en sens contraire Trib. Civ. Toul, 28 janvier 1902. D. P. 1903, 2, 465. Note PLANIOL.

Ce jugement a décidé « qu'il est de jurisprudence que l'art. 1220 n'est point applicable en matière de communauté et que, tant que celle-ci n'est pas liquidée, les communistes ne peuvent pas poursuivre le versement entre leurs mains de leur part et portion virile dans les créances appartenant à cette communauté dissoute ».

(115) Req., 18 juillet 1883. D. P. 1884, 5, 143. Voir dans le même sens Dijon, 3 avril 1898. S. 1899, 2, 237.

(116) D. P. 1894, 1, 263. S. 1894, 1, 353, note TISSIER. Cet arrêt confirmait la solution de la Cour de Rennes du 12 novembre 1891. D. P. 1892, 2, 296.

telle division des créances dépendant de la communauté. Les créances ne sont pas susceptibles d'une division qui ferait obstacle à la recevabilité de l'appel, et il faut donner aux intéressés toute garantie nécessaire pour en faire entrer le montant dans la masse indivise. L'exclusion du principe de l'article 1220 a été confirmée par l'important arrêt de la Chambre des Requêtes du 13 janvier 1909 ⁽¹¹⁷⁾ qui a statué sur un cas de cession par l'auteur survivant de sa part dans les créances de communauté. La masse indivise comprenait seize obligations au porteur de la Ville de Chambéry, le mari se considérant propriétaire de moitié de ces valeurs avait cédé au cours de l'indivision huit de ces valeurs en paiement d'une dette qu'il devait au cessionnaire. A son décès, le cessionnaire demandait à prélever ces valeurs ; la Chambre des Requêtes a répondu qu'une telle cession ne serait valable qu'au cas où, par l'effet du partage, les huit obligations seraient mises au lot du mari. « Les droits de chacun des époux sur la communauté dissoute restent incertains à défaut d'une liquidation qui leur ait fait les attributions que ces droits comportaient, ce qui exclut même pour les créances faisant partie de l'actif de la communauté, l'application de l'article 1220 ». Jusqu'au partage, les créances figurent tout entières dans la masse dont elles sont des éléments constitutifs : Un indivisaire ne peut céder que sa quote-part dans ces éléments, une telle cession étant subordonnée aux résultats du partage, ou consentir une cession conditionnelle sur les biens dont il sera alloti. Une cession consentie au cours de l'indivision ne peut avoir un effet immédiat.

La jurisprudence se fonde pour exclure l'article 1220 sur un argument un peu spécieux ⁽¹¹⁸⁾ : La plupart des arrêts invoquent l'article 1476, qui renvoie aux règles établies au Titre des Successions pour ce qui a trait aux formes et effets du partage,

(117) D. P. 1911, 1, 135. S. 1911, 1, 441, note NAQUET. Il eut suffi en l'espèce de dire que chaque obligation représentait une créance distincte sur laquelle les indivisaires avaient des droits concurrents.

(118) Cet argument faible a reçu de nombreuses critiques : PLANIOL, TISSIER, NAQUET, notes précitées. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 821. NAST, N. de D. P. 1926, 1, 153. Comment. sur Civ., 25 juillet 1923 dans *Rev. Crit.* 1928, p. 142.

la garantie qui en résulte, les soultes et non à l'article 1220 du Titre des Obligations. La raison n'est pas convaincante. L'article 1220 a la valeur d'un principe général qui peut s'appliquer à toute indivision ; au surplus, parmi les règles du partage des successions, il en est une consignée dans l'article 873 du Code civil qui n'est qu'une application particulière de l'article 1220 du Code civil. D'autres arrêts font en outre valoir que les articles 1470 et suivants du Code civil permettent aux époux de se remplir de leurs reprises en prélevant avant le partage des effets de la masse. La division ne serait possible qu'après l'exercice des prélèvements (art. 1474 C. civ.) ⁽¹¹⁹⁾. Cet argument n'est pas inexact : Jusqu'à la liquidation les créances sont comprises dans la masse ; mais les prélèvements une fois effectués, la division qui s'opère n'est pas une division automatique, cette division résulte du partage, et il est possible qu'en partage une créance tout entière soit mise au lot d'un copartageant. La jurisprudence veut que jusqu'au partage opéré, les créances demeurent intactes dans la masse, car c'est le meilleur moyen d'assurer l'égalité des copartageants. En donnant à chaque indivisaire le droit d'agir sur ces créances à concurrence de sa part, on lui permet de toucher sa part ou de la compenser avec une dette qui lui est personnelle, et on risque ainsi de nuire aux droits des autres coindivisaires ^(119 bis). Il arrivera souvent que, par l'effet des récompenses dues à la masse, l'un des indivisaires n'aura en fin de compte rien à prétendre sur l'actif indivis. Les autres ayants droit définitivement appropriés de la créance n'en pourraient toucher la totalité, le débiteur s'étant valablement acquitté d'une partie de sa dette. Ils en seraient réduits à poursuivre leur ex-indivisaire, en concours d'ailleurs avec les créanciers personnels de celui-ci, et, à le supposer insolvable, ils seraient privés d'une part de ce qui leur revient légitimement.

(119) Voir GUILLOUARD, *Contr. de mar.*, III, n° 1335. BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, *op. cit.*, II, n° 1138 *in fine*, n° 1139 *in fine*.

(119 bis) TROPLONG, *Contr. de mar.*, n° 1680, notait fort bien que, la communauté n'étant pas liquidée, les intéressés ne devaient pas se considérer comme appropriés de leur émolument. « Les droits des intéressés sont incertains et demeurent indivis en ce sens qu'ils ne peuvent pas poursuivre le versement entre leurs mains de la part et portion virile dans les créances appartenant à la communauté. »

Ces raisons sont valables pour toute indivision, l'exclusion complète de l'article 1220 réaliserait une garantie utile, dans l'indivision héréditaire: Certes les rapports de dettes et les prélèvements sont moins fréquents dans cette indivision que les récompenses et les reprises dans l'indivision postcommunautaire ⁽¹²⁰⁾, mais juridiquement la situation est la même. Il y a opposition entre le droit d'un seul indivisaire et celui de la masse, la jurisprudence n'hésite pas à sacrifier le point de vue individualiste, pour intérêt de la masse.

Elle offre cet avantage d'assurer l'égalité entre les copartageants, et d'éviter que les intérêts des indivisaires ne soient compromis par les actes que l'un d'eux accomplirait pendant l'indivision ⁽¹²¹⁾. L'indivisaire qui veut poursuivre le débiteur doit demander le partage.

Si l'indivision doit se prolonger, les divers ayants droit peuvent s'entendre pour poursuivre collectivement le recouvrement des créances. Le débiteur s'acquitte valablement en présence de tous les intéressés ou avec leur assentiment; les deniers reçus sont subrogés à la créance, l'administrateur de la masse les dépose en banque au compte de la masse ou les emploie au profit de celle-ci.

B. — LES DETTES DE LA MASSE INDIVISE A L'ÉGARD DES TIERS. — Chaque fois que plusieurs personnes sont appelées à recueillir une masse de biens grevée de dettes, un double problème se pose: celui de la poursuite des créanciers à l'égard des débiteurs, celui de la contribution aux dettes, qui assure la répartition définitive du passif entre les divers ayants droit. Cette double question surgit à la dissolution de la communauté; mais seuls les rapports des créanciers de la masse et des indivisaires débiteurs

(120) BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1139. Ces auteurs qui admettent l'application de l'art. 1220, reconnaissent qu'elle est en fait moindre en matière de communauté qu'en matière de succession.

Ils admettent que les indivisaires peuvent sauvegarder leurs droits en faisant une opposition aux mains du débiteur de la masse pour l'empêcher de s'acquitter de sa dette. En fait, le respect des convenances familiales et souvent l'ignorance rendraient bien rare cette procédure.

(121) JOSSE RAND, *Cours de droit civil positif*, III, n° 345.

Voir CAPITANT, *Rev. Crit.* 1929, *loc. cit.*, n° 21.

ont trait à la période d'indivision. La contribution aux dettes constitue essentiellement une opération du partage, en dehors des créanciers : les articles 1482, 1483 et 1490 du Code civil règlent la répartition du passif entre les époux ou leurs héritiers.

La poursuite des créanciers au cours de l'indivision soulève à son tour une double difficulté : Dans quelle mesure chaque indivisaire est-il tenu envers les créanciers communs du paiement des dettes de la communauté dissoute ? Sur quels biens les créanciers peuvent-ils exercer leurs poursuites ?

a) *L'étendue de l'obligation aux dettes.*

Le principe général de l'article 1220 du Code civil fait naître au sujet des dettes un problème analogue à celui qui concerne les créances : Chaque ayant droit ne doit-il être tenu de payer la dette qu'à concurrence de sa quote-part dans la masse ? Les textes du Code civil d'une part, la jurisprudence de l'autre, permettent de répondre que l'article 1220 ne reçoit qu'une application partielle à la dissolution de la communauté. Il y a là une différence importante avec les règles de l'indivision héréditaire (art. 870, 873 C. civ.). Les textes consacrés par le Code civil au passif de la communauté (art. 1482 à 1491 C. civ.) supposent que le partage de la masse a été préalablement effectué : le texte même de ces articles et leur place à la suite des règles du partage le démontrent nettement. Il n'y a d'ailleurs là rien de singulier, puisque, dans l'esprit du Code, le partage accompagne immédiatement la dissolution. L'indivision se prolongeant, les dispositions légales trouvent-elles leur application dès avant le partage ? Ou bien les créanciers n'agissent pas au cours de l'indivision, ils attendent le partage pour être réglés, il résulte implicitement de l'article 1490, alinéa 1^{er}, du Code civil, que les dettes continuent de grever la masse, et ne se divisent pas de plein droit entre les époux ou leurs représentants. Cet article décide en effet que l'un des copartageants peut être chargé de payer une quotité de dettes autre que la moitié ou même de les acquitter entièrement ; ces dettes demeurent donc indivises tout comme les créances. Mais les créanciers peuvent faire valoir leurs droits sans attendre le partage, les articles 1484 à 1487

du Code civil qui règlent leur droit de poursuite s'appliquent-ils à la période d'indivision ? La jurisprudence l'admet ; elle décide, en conséquence, que l'époux avec qui a traité le créancier au cours de la communauté reste personnellement obligé à la totalité de sa dette (art. 1484 et 1486 C. civ.), le droit du créancier à l'encontre de son débiteur ne peut être amoindri par l'effet de la dissolution de la communauté ; d'autre part cette dissolution a pour effet d'obliger l'époux qui jusqu'alors n'était pas tenu personnellement à payer désormais la moitié de la dette (art. 1485 et 1487 C. civ.). L'action du créancier se trouve être double.

1° *L'époux qui s'est engagé au cours de la communauté peut être poursuivi pour la totalité.* — Les créanciers de la communauté conservent après la dissolution le même droit de poursuite qu'ils avaient au cours de la communauté à l'encontre de l'époux qui s'est obligé envers eux : L'acceptation de la communauté par la femme ou par ses héritiers ne peut exonérer pour partie le mari de ses engagements et par là restreindre les droits des créanciers qui ont suivi sa foi. Il est juste que ces derniers conservent le droit qui est né en leur faveur d'un accord de volonté et puissent demander à leur débiteur le montant intégral de ce qu'il a promis de leur payer ⁽¹²²⁾ (art. 1484 C. civ.). Cette solution était déjà celle de Pothier ⁽¹²³⁾. Les personnes qui contractent avec le mari considèrent en lui sa propre personne plus que la qualité qu'il a de commun, *ejus solius fidem sequuntur*. Les créanciers demanderont ainsi au mari le paiement intégral de ses dettes antérieures au mariage et qui étaient devenues communes, et de celles nées au cours du mariage, qu'elles dérivent d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit ⁽¹²⁴⁾. La même règle est appliquée aux dettes qui procèdent du chef de la femme (art. 1486 C. civ.), soit ses dettes mobiliè-

(122) Civ., 8 décembre 1908. D. P. 1909, 1, 465. Note DE LOYNES. S. 1909, 1, 265, note LE COURTOIS.

(123) *Traité de la Communauté*, n° 729.

(124) Voir BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1197. GUILLOUARD : *Contr. de mar.*, III, n° 1377.

res antérieures au mariage (art. 1410-1°), les dettes de successions ou donations mobilières tombées de son chef en communauté, et les dettes par elle contractées avec l'autorisation du mari (125), ou avec l'autorisation de justice dans les cas de l'article 1427 du Code civil. Les cas d'obligation à la totalité des dettes sont en droit et en fait plus nombreux pour le mari que pour la femme.

2° *L'époux qui n'est pas obligé de son chef peut être poursuivi pour moitié.* — La question doit être examinée séparément au regard du mari et au regard de la femme.

Le mari, pendant la communauté, était tenu de la totalité des dettes entrées en communauté du chef de la femme, et c'était là une juste contre-partie de ses pouvoirs exorbitants sur les biens communs. La communauté dissoute, sa qualité de chef disparaît ; il n'a plus à être actionné pour la totalité de ces dettes ; il n'en est tenu que comme associé (126) : les créanciers n'ont action contre lui que pour moitié de la dette, alors même que la femme insolvable ne pourrait régler l'autre moitié. Cette solution consacrée par l'article 1485 du Code civil que l'on observe dès avant le partage est une application certaine de l'article 1220 du Code civil.

Au regard de la femme, la dissolution produit un effet analogue, elle est désormais tenue de la moitié des dettes qui grèvent la communauté du chef de son mari. Avant la dissolution, elle

(125) L'art. 1487 apporte une réserve : « La femme même personnellement obligée pour une dette de communauté ne peut être poursuivie que pour la moitié de cette dette, à moins que l'obligation ne soit solidaire. »

Cette réserve s'applique à l'obligation contractée par la femme conjointement avec son mari. Elle est plus théorique que pratique, les créanciers ne manquent jamais d'exiger l'engagement solidaire.

Quant au mari personnellement obligé par une obligation conjointe, il peut être poursuivi pour le tout.

Voir BAUDRY-LACANTINERIE, *Le Courtois et Surville*, II, n° 1206.

(126) Toutefois, le mari sera poursuivi pour le tout à raison des dettes contractées par la femme avec son autorisation. La jurisprudence décide que le mari est tenu de ces dettes solidairement avec la femme : Civ., 23 avril 1888. D. P. 1889, 1, 233. S. 1889, 1, 25, note LACOINTA. Civ., 16 juillet 1902. D. P. 1903, 1, 401. Note CAPITANT, 27 juin 1922. D. P. 1922, 1, 200.

Voir COLIN et CAPITANT, 4^e éd., t. III, p. 109. CAPITANT, *Rev. Crit.* 1929, note 50.

Contra : BAUDRY-LACANTINERIE, *Le Courtois et Surville*, II, n° 1199.

était à l'abri de toute poursuite du chef de ces créanciers ; par son acceptation qui a suivi la dissolution, elle a fixé sur sa tête, sa qualité de commune, et s'est obligée à payer les dettes entrées en communauté du chef de son mari jusqu'à concurrence de moitié (127). Le principe de la division des dettes s'applique à la femme comme au mari, et il joue en fait plus fréquemment à son égard. Mais il faut tenir compte de l'important avantage que présente pour elle son bénéfice d'émolument (art. 1483 C. civ.). Il lui suffit d'avoir fait bon et fidèle inventaire pour opposer ce bénéfice à la poursuite des créanciers : la femme n'est alors obligée que dans la mesure de son émolument (128), et, comme cet émolument n'est fixé qu'après les opérations de liquidation, l'effet de la poursuite se trouve jusqu'alors suspendu. C'est là pour la femme une utile garantie.

Le principe de la division de plein droit des dettes de communauté se trouve en partie paralysé du fait que l'époux personnellement obligé peut être poursuivi pour le tout par le créancier : il n'apparaît que sous la forme du droit de poursuite partiel à l'encontre du conjoint qui ne s'est pas personnellement engagé. La double action du créancier ne lui permet d'ailleurs pas de recevoir plus que le montant de sa dette : la dette ne doit être payée qu'une seule fois ; le paiement intégral par l'époux obligé libère son conjoint de la poursuite. Ce n'est qu'au moment du partage que la division de plein droit intervient pour régler la contribution des époux ou de leurs représentants. Les arrêts qui ont admis la division automatique du droit de pour-

(127) Civ., 8 décembre 1908, précité, et les notes : « Si aux termes de l'art. 1482 les dettes de la communauté sont, lors de la dissolution, pour moitié à la charge de chacun des époux ou de leurs héritiers, les créanciers de la communauté n'en conservent pas moins la faculté de poursuivre le mari ou ses ayants droit pour la totalité des dettes qu'il a contractées et d'agir pour moitié contre la femme ou ses héritiers, sauf pour ceux-ci à faire valoir le bénéfice de leur acceptation bénéficiaire. »

Voir aussi : Trib. Civ. Montpellier, 18 nov. 1925. *Mon. Jud. Midi*, 15 décembre 1925.

Trib. de Huy (Belgique), 5 décembre 1929. *S.* 1930, 4, 13.

(128) Le bénéfice d'émolument n'est pas une règle spéciale à la contribution aux dettes entre époux. Il concerne, *a fortiori*, le droit de poursuite des créanciers.

Voir CAPITANT, *Rev. Crit.* 1929, *loc. cit.* n° 33 bis.

suite des créanciers ⁽¹²⁹⁾, selon l'article 1482 du Code civil, ont fait jouer pour le droit de poursuite un principe qui ne concerne que la contribution aux dettes dans les rapports des indivisaires entre eux. Mais autre chose est l'étendue du droit de poursuite des tiers, autre chose est la répartition définitive du passif entre les ayants droit.

b) *L'exécution de l'obligation aux dettes.*

Sur quels biens les créanciers peuvent-ils, au cours de l'indivision, exercer leurs poursuites ? L'action qu'il exercent à l'encontre de chacun des conjoints est une action personnelle ; leur droit de gage général s'étend de ce fait au patrimoine personnel de chacun d'eux. Mais n'y a-t-il pas lieu de tenir compte de leur qualité de créanciers communs pour leur permettre d'agir directement sur les biens de la masse indivise ?

1° *Exécution sur le patrimoine personnel des indivisaires.* — Exerçant leur droit de poursuite, intégrale à l'encontre de l'époux personnellement obligé, partielle à l'encontre du conjoint de cet époux, les créanciers de la communauté agissent en tant que créanciers personnels, ils n'ont action que sur les biens qui composent le patrimoine personnel de leur débiteur, soit ses biens propres et sa part indivise dans la communauté dissoute. Or un texte d'ordre général, l'article 2205, décide que la part indivise d'un débiteur dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels avant le partage ou la licitation. On est d'accord pour appliquer ce texte non seulement à l'indivision héréditaire, mais à tous autres cas d'indivision, et on admet qu'il interdit tout acte préliminaire à la mise en vente, notamment la saisie ⁽¹³⁰⁾. Par analogie, on étend la

(129) Req., 11 nov. 1878. D. P. 1880, 1, 323. S. 1879, 1, 157. Civ., 17 mars 1890, précité. S. 1899, 2, 237. Limoges, 25 décembre 1900. D. P. 1902, 2, 173. S. 1902, 2, 20.

Un arrêt de la Ch. Civ. du 11 novembre 1913. D. P. 1914, 1, 263. Note M. P. a justement noté que le créancier qui poursuit la femme commune et les héritiers du mari conjointement pour moitié est censé avoir limité lui-même son action à la moitié de la somme due à l'encontre de l'époux obligé personnellement.

(130) Voir PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, p. 275. Bordeaux, 17 juillet 1882. S. 1883, 2, 150. Lyon, 15 juillet 1926, précité. D. P. 1927, 1, 129. Note

même règle aux meubles compris dans la masse indivise ⁽¹³¹⁾. Cette insaisissabilité de la quote-part des débiteurs dans tous les éléments de la masse, diminue d'autant le gage des créanciers. Leur action se trouve limitée aux biens propres de l'époux qu'ils poursuivent, avec l'obligation pour eux de prouver que les biens qu'ils veulent saisir ont le caractère de biens propres. D'autre part, agissant en qualité de créanciers personnels, ils subissent le concours des créanciers personnels des époux.

2° *Exécution directe sur la masse indivise.* — La dissolution de la communauté enlève-t-elle aux créanciers communs tout droit de poursuite à l'encontre de la masse, et les oblige-t-elle, comme c'est le cas pour les créanciers personnels, à rester dans l'inaction à l'égard de ces biens jusqu'au partage. Il n'y a pas lieu de le penser : L'article 1471 du Code civil relatif aux prélèvements de la femme présente un sérieux argument en faveur de la validité d'une telle action : D'après cet article, la femme exerce ses prélèvements avant le partage. Or il est admis en doctrine et en jurisprudence ⁽¹³²⁾ que la femme subit, dans l'exercice de ses prélèvements, le concours des créanciers de la communauté. Si les créanciers étaient condamnés à l'inaction, ils ne pourraient concourir avec la femme ; celle-ci exercerait ses prélèvements et leur opposerait le fait accompli. Au surplus, la jurisprudence n'a-t-elle pas admis l'action directe des créanciers du défunt à l'encontre de la masse héréditaire ⁽¹³³⁾ ? Ne voulant pas que l'ouverture de la succession pût modifier trop gravement le gage de ces créanciers, elle leur a permis, malgré la division lé-

NAST. Alger, 17 décembre 1928. *Journ. Trib. Algériens*, 30 mars 1929. Trib. Civ. Agen, 16 décembre 1929. *Gaz. Pal.* 1930, 1, 347, et comment. sur ce jugement par GAUDEMET dans *Rev. Trim.* 1930, p. 780, et dans *Sem. Juridique* : 3 août 1930, p. 806.

(131) Voir Civ., 29 mars 1887, S. 1887, 1, 125, qui a admis la saisie des meubles, mais interdit la mise en vente. Voir CAPITANT, *Rev. Crit.* 1929, note 49.

(132) Voir l'arrêt des Ch. réunies du 16 janvier 1858. D. P. 1858, 1, 5. S. 1858, 1, 8. COLIN et CAPITANT, t. III, p. 197.

(133) Req., 24 décembre 1912. D. P. 1915, 1, 45. S. 1914, 1, 201. Rapp. Req., 10 juillet 1893. D. P. 1894, 1, 5, note DE LOYNES. S. 1894, 1, 177, note TISSIER.

Voir SIESSE, *op. cit.*, p. 290. PLANIOL, RIPERT, MAURY et VIALLETON, IV, n° 473.

gale des dettes entre les héritiers (art. 870 et 873 C. civ.), de saisir les éléments de la masse pour se payer de leurs créances. Cette solution équitable permet aux créanciers de la masse d'exercer leur poursuite sur les biens indivis sans attendre le partage. Pratiquement, c'est le notaire chargé de la liquidation qui acquitte les dettes de la masse envers les tiers avec les deniers de cette masse ou le prix des biens vendus à l'effet de ce règlement.

Cette juste contre-partie de l'article 2205 du Code civil réalise un avantage dans le temps, permettant aux créanciers communs d'être réglés avant le partage, sur les biens de la masse, alors que les créanciers personnels ⁽¹³⁴⁾ ne peuvent saisir ces biens. N'aboutit-elle pas en outre à conférer aux créanciers de la masse un véritable droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels ? Le jour où des éléments de la masse sont mis en vente pour le paiement des créanciers communs, les créanciers personnels peuvent-ils venir en concurrence sur le prix payé ? Cette question délicate est discutée. Les auteurs ⁽¹³⁵⁾ n'admettent pas en général que les créanciers personnels soient écartés de ces paiements, car c'est donner ainsi aux créanciers de la masse un véritable privilège, et il n'y a pas en matière de communauté un texte analogue à celui de l'article 878 du Code civil qui accorde aux créanciers de la succession le bénéfice de la séparation de patrimoines. Ils appuient leur solution sur l'article 2093 du Code civil, d'après lequel les biens du débiteur sont le gage commun de leurs créanciers et sur l'important arrêt de la Chambre ci-

(134) Il faut entendre par créanciers personnels, notamment ceux de l'un ou l'autre époux dont la créance est postérieure à la dissolution, les créanciers de la femme qui s'est obligée durant le mariage avec l'autorisation de justice en dehors des cas de l'art. 1427. C. Civ. et les créanciers mobiliers de celle-ci dont le droit antérieur au mariage n'est pas constaté par un acte ayant date certaine (art. 1410 C. Civ.).

(135) COLIN et CAPITANT, t. III, p. 229. GUILLOUARD, *Contr. de mar.*, III, n° 1408. Rapp. BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1207. Note PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 910, texte et note 2. La solution de ces auteurs a été commandée par l'arrêt de la Ch. Civ. du 18 avril 1860. Or, cet arrêt ne concerne pas la période d'indivision.

vile du 18 avril 1860 ⁽¹³⁶⁾ : « La moitié des biens qui appartiennent à l'époux survivant (dans la communauté dissoute) se confond sur sa tête de manière à ne former qu'un seul et même patrimoine avec les biens qu'il posséderait actuellement ou acquerrait postérieurement ; en conséquence les créanciers, dont les titres remontent par leur date au temps où la communauté existait, n'ont aucun droit de préférence au préjudice des créanciers porteurs de titres procédant de l'époux survivant et qui sont d'une date postérieure ». Les conclusions de cet arrêt ne sont pas applicables à la période d'indivision qui nous occupe. En l'espèce, le conflit entre les créanciers communs et les créanciers personnels se produit à un moment où l'indivision a pris fin, la masse indivise n'existe plus à l'état autonome, elle fait partie intégrante du patrimoine de l'héritier. « L'argumentation donnée par l'arrêt est impeccable pour la période qui suit le partage de la communauté ; pour la période antérieure, elle passe à côté de la difficulté » ⁽¹³⁷⁾. Pendant l'indivision, les éléments de la communauté dissoute ne figurent pas dans le patrimoine personnel des indivisaires, ils échappent au droit de gage général des créanciers personnels ; la loi interdit à ces créanciers de prendre l'initiative d'une saisie, ils n'ont pas à être payés sur des biens qu'ils ne peuvent saisir. Après le partage seulement, les biens mis au lot de leur débiteur viendront grossir leur gage. On ne peut dire, lorsque les créanciers communs font vendre des biens de la masse pour s'en partager le

(136) D. P. 1860, 1, 185. S. 1860, 1, 305. En l'espèce le sieur Barcon avait emprunté au cours du mariage en 1828, 20.000 francs au sieur Carpentier. La communauté dissoute en 1831 par le décès de la femme reste indivise jusqu'en 1848, date du décès de Barcon. Pendant l'indivision, Barcon emprunta 15.000 francs à une demoiselle Bourgon, et 10.000 francs aux époux d'Hotelans. En 1849, ces derniers obtiennent un jugement de condamnation contre le fils Barcon seul héritier de son père, et font inscrire leur hypothèque judiciaire. Le fils Barcon qui avait remboursé Carpentier, créancier de la communauté et s'était fait subroger dans ses droits, a prétendu qu'il devait en sa qualité de créancier de la communauté être payé par préférence aux créanciers personnels même hypothécaires de son père.

Ce droit de préférence ne pouvait être reconnu, du fait que par le décès du père, la masse indivise s'était tout entière fondue dans le patrimoine personnel du fils.

(137) CAPITANT, *Rev. Crit.* 1929, *loc. cit.*, n° 35.

prix, que ce prix se divise automatiquement dans le patrimoine des indivisaires ⁽¹³⁸⁾, et que les créanciers personnels ont dès lors des droits sur ce prix. Le prix des éléments saisis et mis en vente est subrogé dans la masse aux biens vendus. Les créanciers personnels qui n'avaient pas de droits sur ces biens indivis ne peuvent en avoir sur les éléments qui les remplacent.

Au surplus, il n'est pas contesté que la femme exerce ses reprises par préférence aux créanciers personnels du mari. Puisque les créanciers de la communauté viennent en concours avec la femme pour le paiement de leurs créances ⁽¹³⁹⁾, il n'est pas douteux qu'ils ont eux aussi un droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels.

Les créanciers personnels n'ont pour gage que les biens propres ; la liquidation et le partage de la masse indivise auront pour effet de mettre dans le patrimoine de leur débiteur de nouveaux biens propres, c'est pourquoi l'article 2205 confère aux créanciers personnels le droit de demander le partage ⁽¹⁴⁰⁾. Préalablement à ce partage, la femme aura exercé ses reprises en concours avec les créanciers de la masse ; si ces créanciers n'ont pas exercé leur action sur la masse avant le partage, ils ne sont, le partage une fois opéré, que des créanciers personnels ; leur gage s'est fondu dans le patrimoine propre de leur débiteur et ils sont soumis à la loi d'un concours égal avec tous autres créanciers.

(138) De même, le prix de licitation d'un immeuble adjudgé à un tiers ne se divise pas de plein droit, en sorte que le créancier personnel qui a hypothéqué la part indivise de son débiteur exercerait son droit de préférence sur la quote-part de celui-ci dans la créance. Il n'exerce ce droit que sur la part attribuée en partage à son débiteur : cette part figure alors dans le patrimoine personnel de ce dernier. Ch. Réunies, 5 déc. 1907, précité.

(139) Sur ce concours des créanciers communs avec la femme et l'opposabilité de leurs prélèvements aux créanciers personnels. Cf. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 840, note 4. NAST, note sous Civ., 19 janvier 1925. D. P. 1925, 1, 106, col. 1.

BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1124.

(140) L'effet d'une convention d'indivision est opposable aux créanciers qui ne peuvent demander le partage jusqu'à son expiration. Toulouse, 26 juin 1889. D. P. 1891, 2, 65. Les créanciers des indivisaires ne peuvent avoir plus de droits que leur débiteur. Voir LEBRET : *Du sort des droits consentis sur les biens indivis*. *Rev. Crit.* 1928, p. 439 et s., notes 37, 38 et 39. PLANIOL, RIPERT, MAURY et VIALLETON, IV, n° 490, et les références citées par ces auteurs.

La conception d'une masse indivise autonome permet de rattacher à cette masse indivise les dettes de la communauté⁽¹⁴¹⁾. Elle permet d'éviter la division de ces dettes dont le règlement est assuré par la masse elle-même. Elle aboutit en même temps à donner aux créanciers de la masse un véritable droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels.

(141) L'exécution directe sur la masse s'appliquera également aux dettes nées pendant l'indivision et du fait de la masse : ces dettes que nous avons énumérées (ch. II, Sect. I, § 2 *in fine*) s'ajoutent au passif de la masse.

CHAPITRE III

L'extinction de l'indivision

Quelle que soit la durée de l'indivision, la masse des biens communs est nécessairement appelée à se fondre dans le patrimoine personnel de ses divers ayants droit. L'indivision n'est pas une institution durable. C'est pour les seuls besoins de la liquidation et du partage que la masse survit à la dissolution de la communauté et conserve son autonomie. L'heure du partage venue, la répartition du patrimoine indivis n'est pas immédiate et automatique, « le droit de l'individu est contraint de s'incliner devant les exigences d'une liquidation nécessairement préalable à la répartition ⁽¹⁾ ». Cette liquidation a pour but de déterminer l'étendue précise des droits de chacun, par le règlement de ses comptes avec la masse. Elle rétablit l'équilibre entre les patrimoines respectifs des copartageants. Le partage n'est que la distribution de l'actif, conforme aux données du plan de liquidation.

SECTION I. — Les causes d'extinction de l'indivision

A. — *L'indivision post-communautaire peut s'éteindre sans qu'il y ait lieu de liquider les droits respectifs des époux.* — Les deux époux sont décédés sans que leur communauté ait été li-

(1) SIESSE, *op. cit.*, p. 5.

quidée, et ils laissent les mêmes héritiers (1 *bis*). La masse de communauté perd son individualité et se fond dans une masse plus vaste qui comprend également les biens propres des époux. Biens communs et biens propres ne forment qu'une seule masse, où les successions des deux époux sont confondues. Il n'est plus besoin de rétablir l'équilibre entre le patrimoine propre de chaque époux et la masse de communauté. Seuls les rapports entre cohéritiers et la masse héréditaire sont désormais à considérer. L'indivision post-communautaire n'est souvent qu'une étape vers l'indivision héréditaire (2). Il est d'usage dans les familles de la bourgeoisie que les enfants abandonnent au survivant de leurs père et mère la jouissance de la communauté sans en exiger la liquidation. Ils ne procèdent qu'au partage global des deux successions de leurs parents confondues en une seule masse, afin d'éviter de multiples règlements de famille. Le même résultat peut être atteint par un partage antérieur au décès de l'auteur survivant. L'ascendant anticipe sur le moment où sa succession s'ouvrira, il fait donation à ses enfants à titre de partage anticipé (art. 1075 C. civ.) de sa part indivise dans la communauté dissoute et de ses biens propres (3). Il ne saurait y avoir de difficultés, lorsqu'après avoir fait donation de ses biens et de ses droits indivis, l'ascendant reste étranger à la distribution et au partage : les enfants procèdent entre eux à un partage ordinaire (4). Mais, dans un partage d'ascendant, la répartition des biens entre les enfants donataires est l'œuvre propre de l'ascendant ou, du moins, s'effectue sous son inspiration et avec son concours. Il est alors fréquent que l'ascendant réunisse et

(1 *bis*) Nous supposons qu'aucun des enfants n'est avantagé dans l'une des deux successions, auquel cas il serait nécessaire de liquider la masse indivise.

(2) Voir Req., 7 juillet 1892. D. P. 1893, 1, 5, note DE LOYNES. L'indivision héréditaire est de moins longue durée. Il n'y a pas entre frères et sœurs la même convergence d'intérêts qu'entre l'auteur survivant et ses enfants.

(3) Les actes de donation partage sont fréquents dans les familles rurales. L'auteur survivant âgé ne peut plus faire valoir lui-même l'exploitation. Il préfère abandonner immédiatement le domaine rural à celui ou ceux des enfants qui continuent l'exploitation. La rente viagère qui lui est allouée suffit à son modeste train de vie.

(4) Bordeaux, 8 mars 1870. D. P. 1871, 2, 202, et sur pourvoi, Req., 24 juin 1872. D. P. 1872, 1, 472.

confonde dans une même masse ses propres biens et la succession de son conjoint prédécédé : il englobe de ce fait dans le partage des biens qui sont déjà la propriété des enfants allotis. La jurisprudence admet cependant la validité d'un tel partage fait en présence d'enfants majeurs et tous capables. Par leur acceptation, les enfants ont consenti à ce que leur auteur fasse une masse commune de ses biens et de ceux de l'époux décédé dont ils étaient saisis comme héritiers. Ils se sont inclinés devant la distribution réglée par l'ascendant et ne sont pas fondés à l'attaquer (5).

La cessation de la pluralité d'ayants droit met fin à l'indivision, sans qu'il y ait place pour la liquidation. La masse se trouve tout entière réunie aux mains d'un seul indivisaire. Cette confusion, sur la même tête, des droits indivis peut provenir d'une dévolution successorale. L'auteur survivant décède, laissant à sa survie un seul enfant : indivisaire de moitié, cet enfant devient propriétaire de la totalité de la masse (6). Elle résulte souvent de la cession de quote-parts, consentie à titre gratuit ou onéreux par l'ensemble des ayants droit à un seul d'entre eux. Une telle cession équivaut au partage qu'elle a pour but d'éviter (7).

La cession de quote-parts ne met pas toujours fin à l'indivision. L'un des indivisaires cède ses droits à l'un ou à l'ensemble de ses coindivisaires ; une telle cession a pour seul effet de diminuer le nombre des ayants droit ; elle ne fait sortir de la masse indivise aucun élément. Le cédant n'a plus rien à prétendre dans la masse, mais il ne reçoit point sa part des valeurs indivises, « il en perçoit seulement le prix fixé par un marché qui n'est pas le partage. Cet acte aléatoire ne peut être qu'un

(5) Civ., 3 mars 1914. D. P. 1916, 1, 70. Agen, 1^{er} juin 1858. S. 1858, 2, 417. Rapp. Req., 7 août 1860. D. P. 1860, 1, 498. S. 1861, 1, 977. Ce dernier arrêt a décidé que le partage, quoique nul en principe quant à la part des héritiers dans la communauté dissoute, peut être maintenu, lorsque, les biens étant impartageables, il faudrait recourir à une licitation et que l'intérêt des enfants est de maintenir l'œuvre de l'ascendant.

Voir BAUDRY-LACANTINERIE et M. COLIN. T. II, n° 3604 et s.

(6) C'était notamment le cas dans l'arrêt Barcon. Civ., 18 avril 1860. S. 1860, 1, 305.

(7) Paris, 13 décembre 1845. D. P. 1851, 5, 379.

trafic » (8). La jurisprudence avec raison ne reconnaît à cette cession qu'un effet translatif (9).

Il en va autrement, lorsque la cession consentie par tous les indivisaires est accompagnée d'un allotissement de l'indivisaire cédant ; il n'y a pas seulement diminution du nombre des ayants droit, mais distribution d'une partie de la masse indivise. En pareil cas, le partage se poursuit par étapes successives ; un ou plusieurs indivisaires, ayant reçu la part qui leur revenait, sont sortis de l'indivision ; le surplus de la masse reste à l'état d'indivision. Pour l'application de l'article 883 du Code civil, « il suffit que l'un des indivisaires soit définitivement rempli de sa part, au moyen d'un allotissement particulier ; celui qui reçoit sa part dans la chose commune n'a plus rien à y prétendre, et, en ce qui concerne les biens dont il est définitivement approprié, l'indivision cesse complètement entre lui et les cointéressés (10) ». Il peut sembler que le partage par étapes successives ne sera pas fréquent dans l'indivision post-communautaire, pour qu'un ayant droit reçoive un allotissement, il faut que ses droits soient exactement déterminés par la liquidation. Il arrive cependant que les enfants attribuent à l'auteur survivant l'usufruit total de la masse et gardent la nue-propriété de la masse sans la répartir entre eux. L'attribution de l'usufruit constitue un allotissement ; par suite une valeur indivise, l'usufruit, sort de la masse, la cession de cet usufruit équivaut à un partage. « L'acte qui a eu pour but et pour effet de mettre fin à l'indivision existant entre la veuve et ses enfants et par lequel la veuve a été entièrement remplie de ses droits par un allotissement particulier qui l'a fait sortir définitivement de l'indivision, produit toutes les conséquences légales du partage à l'égard de tous les ayants droit, encore qu'il ait convenu aux enfants de laisser pro-

(8) ESMEIN, note sous Req., 16 février 1887. S. 1888, 1, 257.

(9) Civ., 19 mai 1886. S. 1887, 1, 113, 2 février 1915. D. P. 1920, 1, 99. Civ., 23 avril 1919. D. P. 1920, 1, 99. S. 1922, 1, 10.

(10) Req., 23 mars 1903. D. P. 1903, 1, 326. S. 1905, 1, 129, note WAHL. Dans le même sens : Req., 9 déc. 1878. D. P. 1879, 1, 299. S. 1879, 1, 404. Civ., 21 mai 1895. D. P. 1896, 1, 9, note PLANIOL. S. 1895, 1, 350. Civ., 26 juin 1895. S. 1896, 1, 481. Note WAHL. Civ., 8 nov. 1910. S. 1912, 1, 47. Note WAHL.

Voir PLANIOL, RIPÉRT, MAURY et VIALLETON. T. IV, n° 650 note 1.

visoirement dans l'indivision la part qui leur était échue, après attribution définitive à leur mère de celle qui lui revenait (11) ».

L'épuisement de l'actif à partager entraîne nécessairement la fin de l'indivision. L'indivision n'est pas « comme la communauté conjugale une institution, qui peut exister avec une caisse vide (12) ». L'actif commun a pu, au cours de l'indivision, être complètement absorbé par le paiement des dettes de la communauté, que ce paiement ait procédé de l'initiative des indivisaires ou ait été réalisé par une saisie des créanciers communs (13). L'organisme de répartition que représentait la masse a disparu, il n'existe plus de valeurs à répartir.

B. — *L'extinction de l'indivision est précédée d'une liquidation de la masse.* — Lorsque la masse des biens communs ne s'est pas fondue dans une autre masse, ou, par des actes équivalents au partage, répartie entre les ayants droit, elle subsiste à l'état autonome et conserve son individualité. C'est la demande en partage émanant de tout indivisaire qui entraîne sa fin normale (art. 815 C. civ.). Le partage est prévu par la loi, après le jugement qui prononce la séparation de biens (art. 1444 modifié par la loi du 14 juillet 1929). La demande en partage est la règle après dissolution de la communauté par divorce ou séparation de corps. Après le décès d'un époux ou la déclaration d'absence, elle est moins rapide. En présence de mineurs, elle intervient le plus souvent à la majorité du plus jeune. Lorsque les enfants sont majeurs, le partage est généralement demandé dans les cas suivants : L'un des enfants s'installe, ou se marie, il désire toucher sa part de biens indivis, pour les besoins de son entreprise, pour apporter en mariage des biens déterminés. Ou bien c'est le conjoint survivant qui se remarie (14), il importe de mettre fin à

(11) Voir Req., 23 mars 1903, précité, et la note de M. WAHL.

(12) SIESSE, *op. cit.*, p. 392.

(13) La femme venant en concours avec les créanciers communs pour l'exercice de ses reprises, la liquidation de ses reprises doit être préalablement effectuée.

(14) Rappelons qu'en Allemagne et en Suisse le second mariage du conjoint survivant est une cause de dissolution de la communauté continuée.

Pour des cas de communautés indivises et non partagées après le remariage de l'époux survivant, voir Civ., 14 décembre 1908, précité. D. P. 1909, 1. 457, note CAPITANT. Paris, 22 mars 1834. S. 1834, 2, 190.

l'indivision pour éviter une situation nécessairement complexe. Le désaccord survenant au cours de l'indivision, la demande en partage est le meilleur moyen de prévenir de pénibles différends dans les familles. Dans tous ces cas, il y a lieu de liquider les droits respectifs des époux, ceux de l'auteur survivant et ceux de l'époux décédé ; la part du défunt dans la communauté constitue l'un des éléments actifs de sa succession, elle est répartie entre ses héritiers en même temps que les biens propres. La liquidation de la communauté est encore rendue nécessaire, lorsque les deux époux sont décédés et ne laissent pas les mêmes héritiers ⁽¹⁵⁾ ; il faut déterminer avec précision la part de chaque époux dans la masse indivise. Cette masse ne se confond pas avec les propres des époux décédés en une masse unique, la succession de chaque époux a une dévolution distincte.

SECTION II. — L'influence de l'indivision sur la liquidation de la masse indivise

La détermination des droits de chacun des époux ou de ses représentants dans la masse résulte des opérations de liquidation, préliminaires du partage. Tant qu'elles ne sont pas intervenues, les quote-parts des indivisaires sont purement nominales ; leur valeur réelle ne peut ressortir que de l'achèvement de ces opérations. Les règlements de comptes des ayants droit avec la masse font apparaître les droits de chacun et ces droits sont tellement distincts des quote-parts que « souvent ils ne peuvent être ramenés à un diviseur commun » ⁽¹⁶⁾.

La liquidation de la communauté et de l'indivision qui fait suite à sa dissolution est plus complexe que celle d'une succession. Pendant la durée du régime matrimonial, il s'est opéré

(15) Une telle situation se rencontre lorsque le décès des deux conjoints survient en même temps ou à des époques très rapprochées. Lorsqu'un certain intervalle s'est écoulé, il est rare que la communauté n'ait pas été liquidée.

(16) SIESSE, *op. cit.*, p. 471.

entre la masse commune et les patrimoines propres des transferts de valeur qui ont entraîné une rupture d'équilibre entre les trois patrimoines. Au cours de l'indivision, les ayants droit ont touché pour leur compte personnel des sommes revenant à la masse indivise, ou ils ont engagé dans son intérêt des deniers qui leur étaient propres. Les créances et les dettes à régler sont plus nombreuses que celles de l'indivision héréditaire, d'autant que l'indivision post communautaire est souvent de plus longue durée. Enfin les pouvoirs de maître que le mari a exercés pendant la communauté appellent des garanties en faveur de la femme.

La liquidation comprend la série des opérations suivantes :

- 1) Séparation des biens propres des époux. Pendant la durée de la communauté, tous les biens des époux, propres ou communs étaient confondus en une seule masse gérée par le mari. Après la dissolution, tous ces biens sont en fait réunis aux mains du mari ou de l'auteur survivant. Un triage est nécessaire ; les propres parfaits ou les biens acquis en remploi sont distraits et repris en nature par les époux ou leurs héritiers (art. 1470, 1°).
- 2) Liquidation des reprises et des récompenses entre la communauté et chacun des époux.
- 3) Etablissement de la masse commune au jour de la liquidation.
- 4) Règlement des comptes par les procédés du prélèvement et du rapport des dettes.
- 5) Partage de l'actif net.

Une étude complète de la liquidation dépasserait le cadre de ce travail. Il nous appartient seulement de souligner l'influence de la période d'indivision sur les opérations de liquidation. Cette influence se traduit dans les opérations de clôture et de balance des comptes, dans l'établissement de la masse commune, et dans l'application des procédés spéciaux de règlement aux créances et aux dettes nées au cours de l'indivision.

A. — L'ARRÊT ET LA BALANCE DES COMPTES

Dans les seuls cas où la liquidation suit de près la dissolution de la communauté, ainsi après divorce, séparation de corps ou de biens, les comptes sont arrêtés au jour de la dissolution.

Dans un but de simplification, les notaires tiennent pour non avenue la période d'indivision et évitent l'établissement de comptes entre la dissolution et le partage. Mais souvent, plusieurs années s'écoulent avant qu'il soit procédé au partage; il importe alors de tenir compte des créances et des dettes nées au cours de l'indivision et des intérêts de celles qui ont pris naissance au cours de la communauté. Aussi la pratique notariale a-t-elle pris l'habitude d'arrêter les comptes à une date voisine du partage, qui est le jour où commencera entre les copartageants la jouissance divise des biens à partager. Il serait difficile d'arrêter les comptes au jour exact de la signature de l'acte; le notaire ignore quel sera ce jour; commençant son état de liquidation, il se place au jour où il aborde son travail et il continue à considérer ce jour pour régler tous les rapports des copartageants entre eux. Pour permettre un calcul commode des fruits, revenus et intérêts, la date de la jouissance divise coïncide le plus souvent avec la fin d'un mois, trimestre ou semestre. La jurisprudence a reconnu la légitimité de ce procédé (17), à la condition toutefois qu'il ne cause aucun préjudice à l'un des copartageants. Il est difficile d'expliquer que le fait de se placer au jour de la liquidation puisse causer un préjudice immérité à l'un des ayants droit. Les réserves de la jurisprudence s'expliquent par les circonstances spéciales des espèces sur lesquelles elle a statué (18); on ne peut dire qu'elles

(17) Civ., 11 mars 1891. D. P. 1891, 1, 295. Paris, 1^{er} décembre 1892, précité. D. P. 1894, 2, 155. En ce sens, PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 804.

Voir BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1088.

(18) Req., 8 juin 1868. S. 1868, 1, 359. D. P. 1871, 1, 224. Besançon 1^{er} avril 1863. D. P. 1863, 2, 93. Bordeaux, 28 avril 1896. D. P. 1898, 2, 84. Dans la première espèce, la communauté était dissoute en 1838 et les immeubles qui en dépendaient avaient été vendus en 1861. Le notaire liquidateur avait fait figurer dans la masse les intérêts à 5 % du prix des ventes de 1861, à compter de l'année 1838, ce qui était une erreur manifeste. Les immeubles avaient en 1861 une valeur qu'ils n'avaient pas en 1838; les ayants droit ne pouvaient prétendre qu'aux revenus réellement produits par l'immeuble pendant cette période.

Dans la troisième espèce (Bordeaux, 28 avril 1896), la communauté s'était dissoute en 1871, le notaire liquidateur avait fixé la jouissance divise au 11 décembre 1895, et crédité le mari survivant à l'encontre de la masse d'une somme de 58.966 francs, représentant les intérêts de ses reprises de-

infirmement la règle de l'arrêt des comptes au jour de la liquidation.

Jusqu'au jour de la jouissance divise, souvent dénommé par assimilation jour du partage, les ayants droit sont en compte avec la masse indivise. Les éléments du compte de chaque époux sont, d'une part, les reprises en valeur qu'il peut exercer contre la masse, d'autre part, les récompenses dont il est tenu envers la communauté. Ces reprises et ces récompenses sont les éléments d'un compte unique et indivisible dont on ne doit considérer que le résultat ⁽¹⁹⁾. Le montant des reprises et des récompenses est établi séparément; une fois ce montant établi, il faut rapprocher les totaux et les balancer. La balance du compte récompenses de chaque époux fait apparaître un solde créancier à son profit, ou débiteur à sa charge. Chaque époux est seulement créancier ou débiteur de la masse, il est l'un ou l'autre, il ne saurait être l'un et l'autre. Ce reliquat de la balance des comptes emporte intérêts de plein droit du jour de la dissolution (art. 1473) jusqu'à l'arrêt du compte. Au solde créancier ou débiteur du compte-récompenses de chaque époux ou de sa succession, viennent s'ajouter les créances et les dettes nées au cours de l'indivision et du fait même de l'indivision. Les ayants droit ont fait des avances à la masse, ils ont payé des dettes dans son intérêt; le compte d'administration fait apparaître un solde qui rend l'administrateur créancier de la masse. Toutes ces créances nées au cours de l'indivision s'ajoutent aux reprises, elles produisent intérêts du jour où elles sont nées jusqu'à l'arrêt du compte (arg. art. 1473) ⁽²⁰⁾. Ou bien les ayants droit sont devenus débiteurs

puis la dissolution de la communauté. Or le mari se trouvait en vertu d'un legs de sa femme, usufruitier de la totalité des biens communs. Ayant droit à la jouissance intégrale des revenus, il devait supporter personnellement les intérêts de ses reprises.

(19) PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 814. COLIN et CAPITANT, III, p. 207. Civ., 3 mars 1891. D. P. 1891, 1, 249. S. 1891, 1, 190.

(20) Le solde du compte d'administration qui traduit un excédent des dépenses sur les recettes et rend l'indivisaire administrateur, créancier de la masse, n'emporte intérêts qu'à dater de l'établissement du compte d'administration (Arg. art. 2001).

de la masse, ils ont reçu des avantages, joui privativement des fruits, détérioré les biens communs, le compte d'administration traduit un excédent de recettes sur les dépenses et rend l'administrateur débiteur de ce solde ⁽²¹⁾ et des intérêts de ce solde à dater du jour où le compte a été apuré. Tous ces rétablissements et les intérêts qu'ils emportent s'ajoutent aux récompenses dues à la masse. Le montant du compte de chacun n'est donc définitivement établi qu'au jour de la jouissance divise.

B. — L'ÉTABLISSEMENT DE LA MASSE COMMUNE AU JOUR
DE LA LIQUIDATION

La composition de la masse s'est modifiée au cours de l'indivision, il y a lieu d'établir un nouveau bilan au jour du partage, pour tenir compte des fruits et revenus produits par les biens de la masse, des valeurs nouvelles subrogées aux éléments sortis de la masse et ajouter au passif les dettes nées à la charge de l'indivision. D'autre part, l'établissement des comptes a permis de déterminer le montant des créances et des dettes de la masse à l'égard des indivisaires. Il est dès lors possible de dresser le tableau de l'élément actif et de l'élément passif de la masse. A l'actif de la masse établie au jour de la dissolution, il faut ajouter : les fruits et revenus perçus ou échus depuis la dissolution et provenant des biens de communauté, les biens acquis pendant l'indivision avec des deniers communs et qui leur sont subrogés, les biens divertis ou recélés, les immeubles frauduleusement aliénés pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, le solde débiteur du compte-récompenses à la charge de l'un ou de l'autre époux, avec les intérêts depuis la dissolution, enfin les divers rétablissements dus par les copartageants à la masse à raison des sommes par eux perçues au cours de l'indivision.

Au passif de la masse s'ajoutent les dettes nées à sa charge.

(21) Voir Civ., 28 janvier 1929. *Gaz. Pal.* 1929, 1, 647, et Comment. SAVATIER dans *Rev. Trim.* 1929, p. 481.

Si le compte d'administration est établi par un étranger, à l'indivision, notaire ou banquier, il n'emporte pas intérêts. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 786.

au cours de l'indivision, tels « les frais de scellés, inventaire, vente de mobilier, liquidation, licitation et partage (22) (art. 1482, C. civ.), les frais de nourriture et de logement de la veuve (art. 1465 C. civ.), le solde créiteur qui résulte au profit des époux de leur compte-récompenses, avec les intérêts depuis la dissolution et les divers frais engagés par les indivisaires dans l'intérêt de la masse, avec les intérêts des sommes engagées.

C. — LE RÈGLEMENT DES COMPTES ENTRE COPARTAGEANTS

La loi a voulu que le règlement des comptes soit compris dans les opérations du partage (art. 1468 à 1473 C. civ.). La balance des comptes a fait ressortir un solde créiteur de récompenses au profit des époux, auquel sont venues s'ajouter les autres créances corrélatives à l'indivision (23). Tout copartageant créancier va retirer de la masse les valeurs qui y sont en trop, en prélevant des effets communs. Inversement, la balance des comptes a pu faire ressortir un solde débiteur de récompenses à la charge des époux et établir l'existence de dettes du chef des indivisaires à raison de faits postérieurs à la dissolution ; toutes ces dettes sont rapportées à la masse et réglées par imputation sur la part de chaque ayant droit. La jurisprudence étend cette obligation du rapport aux dettes de l'héritier du conjoint prédécédé qui vient au partage de la masse commune (24). Le rapport des dettes a pour effet de rétablir l'égalité entre copartageants ; l'un d'eux a touché par anticipation une valeur commune, il est tenu de la restituer ; mais, afin d'éviter un paiement effectif à la masse, le copartageant précompte sur sa part les sommes dont il est débiteur, il en fait le rapport en moins prenant, et cette imputation permet en contre-partie à l'autre conjoint ou à ses

(22) Les frais de liquidation et de partage ne peuvent être définitivement fixés au moment de la liquidation. Ils ne figurent au passif que pour un chiffre approximatif « sauf à parfaire ou à diminuer ».

(23) PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 830, 3°. Orléans, 3 décembre 1857. D. P. 1858, 2, 165.

(24) Civ., 25 juillet 1923, précité. D. P. 1926, 1, 153. Note NAST. Voir PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 841.

représentants de prélever une somme égale avant tout partage.

L'étude des prélèvements n'est plus à faire (25). Il nous suffira d'examiner la situation de l'époux qui prélève, lorsque la communauté ou son conjoint débiteur de rapports sont insolvables. L'époux dans l'exercice de ses prélèvements, vient en concours avec les créanciers de la communauté, mais il a un droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels de son conjoint. Il importe de distinguer : 1° Le prélèvement de l'époux qui exerce ses reprises ou fait valoir d'autres créances corrélatives à la masse. 2° Le prélèvement qui résulte du rapport des dettes.

1° *Les prélèvements résultant des reprises et des créances nées pendant l'indivision.* — Le mécanisme du prélèvement s'explique par cette double idée : L'époux ou ses représentants exercent leurs prélèvements en qualité de créanciers, mais ces prélèvements s'effectuent au moment de la liquidation et constituent une opération du partage. L'époux dans l'exercice de ses reprises est successivement dans le temps créancier, puis copartageant (26).

En sa qualité de créancier, l'époux qui prélève vient en concours avec les créanciers de la communauté. Lorsque les créanciers communs saisissent les biens de la masse, ou font opposition au paiement des reprises pour concourir avec l'époux créancier, ce dernier subit la loi du concours et n'est payé qu'au marc le franc. Le plus souvent, ce concours avec les créanciers communs n'offre d'intérêt que pour la femme : L'article 1471-1° prévoit tout d'abord que les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari ; d'autre part, un créancier n'a intérêt à venir en concours avec d'autres créanciers que s'il n'est pas personnellement obligé envers eux. Or presque toujours le mari est personnellement tenu de la totalité de la dette (27), les créan-

(25) Voir RAGOUET : *Des prélèvements des époux lors de la dissolution de la communauté*. Thèse Bordeaux 1908, précitée. RAYNAL : *Etude des prélèvements dans le régime de la communauté légale*. Thèse Paris 1930. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n°s 829 et s. BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n°s 1105 et s.

(26) Cette solution ne fait aucun doute depuis l'arrêt Moinet des Ch. Réunies du 16 janvier 1858. D. P. 1858, 1, 5. S. 1852, 1, 8.

(27) Même en présence d'un créancier envers qui il ne serait tenu que pour moitié (art. 1485 C. Civ.), le mari peut n'avoir aucun intérêt au prélè-

ciers de la communauté sont en même temps ses créanciers personnels. Pourquoi prélèverait-il des biens sur lesquels il est personnellement tenu ? La question du concours avec les créanciers communs ne se pose pratiquement que pour la femme, sauf les cas où elle est débitrice personnelle de la totalité de la dette ou lorsque, n'ayant pas fait inventaire, elle est débitrice personnelle de la moitié de la dette. En présence d'une communauté insolvable, la femme ne manque pas de faire inventaire ; elle a alors toujours intérêt à concourir avec les créanciers de la communauté. Elle n'est tenue des dettes qu'à concurrence de son émolument. Les reprises qu'elle exerce ne sont pas comprises dans cet émolument, elles font partie de son patrimoine propre. Sa situation est analogue à celle de l'héritier bénéficiaire qui n'est tenu des dettes de la succession qu'à concurrence de l'actif qu'il recueille (art. 802, al. 1). Si cet héritier a des créances à exercer contre la succession, il vient en concours avec les créanciers héréditaires. Le mari est dans la situation de l'héritier qui a accepté la succession purement et simplement ; cet héritier ne peut venir en concours avec les créanciers héréditaires, étant leur débiteur personnel et tenu de répondre des dettes de la succession sur son patrimoine personnel.

Les créanciers personnels des époux ne peuvent effectuer aucune saisie sur les biens de la masse avant le partage (art. 2205). Les prélèvements des copartageants leur sont opposables, l'époux bénéficie dans l'exercice de ses prélèvements d'un véritable droit de préférence à leur encontre. Ainsi les prélèvements de la femme sont opposables aux créanciers du mari dont les droits ne sont nés qu'après la dissolution, et même à l'encontre de ceux dont les droits étaient nés avant la dissolution, mais qui, la communauté une fois dissoute, n'ont plus la masse indivise pour gage :

vement . Ex. : l'actif commun comprend 100.000 francs, le mari est créancier de 100.000 francs, la communauté est grevée d'une dette de 100.000 fr. tombée en communauté du chef de la femme. Le mari créancier n'a aucun intérêt à concourir avec le créancier de la communauté. Le mari et la femme sont, débiteurs personnels, la femme pour 100.000 francs, le mari pour 50.000 francs. Le dividende qui lui reviendrait dans l'exercice de ses reprises au marc le franc, serait précisément égal à la somme dont il est personnellement tenu, 50.000 francs.

créanciers de successions immobilières, et en cas de séparation de dettes, créanciers antérieurs au mariage ou créanciers de successions mobilières ou mixtes (28). De son côté, le mari peut exercer ses prélèvements à l'encontre des créanciers de la femme dont les droits ne sont nés qu'après la dissolution, et à l'encontre de ceux dont les droits étaient nés antérieurement, mais qui ne pouvaient poursuivre la communauté : créanciers mobiliers antérieurs au mariage dont le titre n'est pas constaté par un acte ayant date certaine, créanciers ayant contracté avec la femme autorisée de justice en dehors des cas de l'article 1427 du Code civil, créanciers de successions immobilières, etc... De tels créanciers n'ont pas d'action sur la masse indivise, ils doivent laisser les copartageants se remplir de leurs reprises, ils ne pourront agir que sur les biens attribués à leur débiteur par la liquidation et le partage.

2° *Le prélèvement qui résulte du rapport des dettes.* — Lorsque les éléments de la masse ont une valeur suffisante, en dehors de ce que doit l'époux ou l'héritier débiteur, pour remplir l'autre conjoint de ses reprises et de sa part dans la communauté, les indivisaires débiteurs ne sont pas tenus à un paiement effectif. Les articles 1468 et 1469 du Code civil disent que les récompenses doivent être « rapportées » à la masse, elles échappent au paiement du droit commun. Le copartageant débiteur garde, à titre d'acompte sur son lot, ce qu'il devait rapporter ; le principe essentiel de l'égalité du partage exige que l'équilibre soit rétabli. L'autre conjoint prélève sur la masse une somme égale à celle que l'autre époux a imputée sur sa part. « L'apparition de la notion d'universalité juridique et celle de la nécessité d'une liquidation devaient conduire à cette idée que certains ayants droit doivent nécessairement être apportonnés avec les quittances des dettes dont ils sont redevables envers leurs consorts. Il en résulte que les prétentions des indivisaires débiteurs

(28) Voir Trib. Civ. Abbeville, 11 mars 1925, S. 1925-2-53,

sur les biens de la masse se trouvent diminuées jusqu'à concurrence de la valeur de ces dettes dont on leur impose le paiement par imputation sur leur part ⁽²⁹⁾ ».

L'institution du rapport des dettes n'est pas spéciale au partage de la communauté (art. 1468 C. civ.) et des successions (art. 829 C. civ.), elle s'applique au partage d'une masse indivise quelconque ⁽³⁰⁾. C'est un procédé, commode par les éléments de simplification qu'il introduit dans les liquidations, utile par l'énergique sauvegarde qu'il assure au principe d'égalité entre copartageants. De même que le prélèvement des reprises, le prélèvement du conjoint de l'époux débiteur est opposable aux créanciers personnels de cet époux ⁽³¹⁾, il confère à celui qui l'exerce un véritable droit de préférence. Ce droit de préférence se justifie par l'existence d'une masse à partager également ; si l'un des ayants droit a déjà touché sa part ou une fraction de celle-ci, il est juste qu'il ne reçoive rien. Comment ses créanciers personnels pourraient-ils exiger d'être payés sur des biens qui, en définitive, ne doivent pas tomber dans le patrimoine de leur débiteur ? Le droit de prélèvement des autres copartageants et le privilège qui en résulte n'est, après examen, qu'une conséquence de l'effet déclaratif du partage ⁽³²⁾.

A l'égard des créanciers personnels, le prélèvement des reprises par l'époux créancier et le prélèvement qui résulte du rapport des dettes n'offrent pas de différence. Il en est autrement lorsque les créanciers communs sont en cause. Vis-à-vis d'eux, la situation de l'époux qui prélève en raison d'un rapport en moins prenant de son conjoint n'est pas analogue à celle de l'époux qui exerce ses reprises ⁽³³⁾. Ce dernier est titulaire d'un droit

(29) SIESSE, *op. cit.*, p. 469.

(30) Pour son application aux liquidations de sociétés, voir *Civ.* 8 février 1882, D. P. 1882-1-917; *Civ.*, 6 août 1895, S. 1899-1-462. Voir PLANIOL, RIPERT, MAURY et VIALLETON, t. IV, n° 625. — DESCHAMPS : *Du rapport des dettes*, Paris, 1889.

(31) *Civ.* 9 février 1887, D. P. 1887, 1, 193, S. 1888, 1, 5, note LABBÉ. *Civ.* 25 juillet 1923, note NAST, D. P. 1926, 1, 153. Voir CAPITANT, *Rev. Crit.* 1924, *loc. cit.* p. 84 et s. PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 844 : Sur le fondement de ce droit de préférence, voir ROUAST : *le droit de préférence résultant du rapport des dettes. Rev. Trim.*, 1911, p. 687.

(32) CAPITANT, *Rev. Crit.*, 1924, *loc. cit.* p. 91 et s.

de créance analogue au leur, et comme tel, il a qualité pour venir en concours avec eux sur l'actif commun. Au contraire, le conjoint de l'époux débiteur n'est pas un créancier, il n'est que copartageant. Son droit au prélèvement résulte uniquement de ce que son conjoint a déjà reçu tout ou partie de sa part. Il doit, pour maintenir l'égalité, prendre lui-même sa propre part; mais il ne peut faire valoir ses droits de copartageant que sur l'actif net. Les créanciers communs peuvent antérieurement saisir la masse, sans avoir à subir son concours. Sans doute, si les créanciers laissent opérer ces prélèvements sans agir, ils ne sont plus, le partage une fois opéré, que des créanciers personnels, et subissent le concours de tous ces créanciers sur les biens mis au lot de leur débiteur.

L'inopposabilité aux créanciers communs des prélèvements résultant du rapport des dettes diminue sérieusement le droit de préférence des copartageants. Les créanciers de la communauté sont normalement la grosse majorité, l'époux qui a des prélèvements à exercer à raison des dettes de son conjoint ou de ses héritiers, doit les laisser se payer avant lui.

SECTION III. Les problèmes posés par le partage de la masse indivise

Après l'exercice des prélèvements par les époux ou leurs héritiers en concours avec les créanciers communs, lorsqu'il y a lieu ⁽³⁴⁾, le surplus des biens de la masse « se partage par moitié entre les époux ou ceux qui les représentent » (art. 1474 C.

(33) PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 845; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE II, n°s 1104 et 1123.

(34) En présence d'une communauté solvable, on se contente d'affecter des effets communs à l'acquit du passif. D'autre part il est rare que l'on fasse opérer les prélèvements des reprises et ceux qui résultent du rapport des dettes avant les attributions du partage. On établit le montant des reprises et des dettes à rapporter : dans le partage on attribue un lot plus important à l'époux créancier; le lot de l'époux débiteur est diminué de tout ce qu'il doit à la communauté.

civ.). Lorsque le contrat de mariage ne contient pas de convention spéciale relative au partage et qu'aucune libéralité entre vifs ou testamentaire ne vient avantager l'époux survivant, l'actif net se divise en deux lots d'égale importance. Il n'y a pas à tenir compte du nombre des héritiers de l'époux décédé, ces héritiers représentant leur auteur ne comptent que pour une personne, ils reçoivent un lot collectif qu'ils répartissent entre eux au prorata de leurs droits dans la succession.

La répartition de la masse en deux lots distincts et égaux ne va pas sans difficultés : Les éléments à caractère personnel ne doivent-ils pas être attribués à leur titulaire et échapper ainsi à toute licitation ? A quel moment faut-il se placer pour évaluer les biens compris dans la masse ? jusqu'à quelle date, l'effet déclaratif du partage doit-il remonter ?

§ I. — L'ATTRIBUTION DES ÉLÉMENTS A CARACTÈRE PERSONNEL

Lorsque les copartageants majeurs et maîtres de leurs droits sont d'accord pour la composition de leurs lots respectifs, l'attribution des divers éléments se fait conformément à l'intention des parties. Y a-t-il désaccord entre les ayants droit, et c'est fréquemment le cas après divorce ou séparation de corps, il faut procéder à la composition de deux lots et à leur tirage au sort. La stricte égalité conduit à mettre la même quantité « de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur » (art. 832 C. civ.) au lot de chaque époux. La constitution de lots rigoureusement égaux est pratiquement difficile à réaliser, il est nécessaire de compenser l'inégalité par une soulte ou de recourir à la licitation, lorsque la soulte serait excessive. La licitation a pour but de convertir en numéraire les éléments dont le partage n'est pas commode, tels les immeubles, fonds de commerce, exploitations commerciales et industrielles (arg. art. 827 C. civ.). Elle ne va pas sans entraîner de sérieux inconvénients : L'époux qui ne peut se porter adjudicataire est privé de son exploitation, et l'obligation de garantie à laquelle il est tenu en sa qualité de coveendeur l'empêche de se rétablir dans la même région. Cette licitation est « d'autant plus regrettable

qu'elle est souvent exigée dans un esprit de lucre ou de vengeance par les héritiers de l'époux prédécédé ou le conjoint divorcé de l'époux commerçant » (35). En l'absence de clause de conservation à titre de propre, la jurisprudence n'hésite pas à l'ordonner.

N'y a-t-il pas lieu d'écarter cette règle pour les éléments de la masse qui ont un caractère essentiellement personnel ? L'officine pharmaceutique, le cabinet d'architecte, de géomètre, d'expert-comptable, ne doivent-ils pas, en tout état de cause, être attribués à l'époux qui exerce cette profession ? S'il y a dans la masse des éléments d'une valeur suffisante pour remplir l'autre conjoint de ses droits, la réponse ne peut faire de doute, la licitation ne saurait être envisagée (36). Les lots seront égaux en valeur, sinon en nature : L'époux qui exerce une profession personnelle ne peut être contraint de céder son cabinet. Mais la licitation peut sembler inévitable, lorsque ces éléments à caractère personnel figurent seuls dans la masse ; il n'y a pas d'autres biens pour allotir le conjoint de l'époux qui exerce la profession. La personnalité du titulaire prédomine cependant, le caractère patrimonial de tels éléments n'est qu'au second plan. Les époux resteront en indivision jusqu'au jour où l'époux qui exerce la profession pourra indemniser son conjoint de ses droits sur l'actif indivis (36 bis). Un partage immédiat peut être envisagé pour l'officine pharmaceutique, le conjoint non attributaire prendra pour la garantie de la soulte et des intérêts qui lui sont dus une inscription de nantissement.

Les droits de propriété littéraire et artistique doivent, à raison de leur caractère personnel, être attribués par le partage à l'au-

(35) PLANIOL, RIPERT et NAST : IX, n° 862. Voir Req., 8 nov. 1922, S. 1924, 1, 313. Note E. H. PERREAU, précité : cet arrêt a nettement décidé qu'un fonds d'herboristerie devait être licite, l'époux exploitant ne peut exiger qu'il lui soit attribué.

(36) Rappr. art. 1477 B. G. B. qui tient compte pour les attributions du partage de l'origine des biens de communauté et du caractère personnel de ces biens.

(36 bis) Ce maintien de l'indivision, malgré le désir des ayants droit, de procéder au partage, n'est qu'un pis-aller. L'époux qui exerce la profession cherchera à désintéresser au plus tôt son conjoint ou les représentants de celui-ci.

teur lui-même. Le conjoint de l'auteur ou ses représentants recevront d'autres éléments de la masse, correspondant à la valeur de leur part dans ces droits. Il arrivera parfois que le maintien de l'indivision s'imposera nécessairement. Il n'y a pas dans la masse de quoi désintéresser le conjoint de l'auteur, et l'auteur n'a pas de biens personnels pour donner une soulte à son conjoint. Il est, d'autre part, difficile d'admettre une répartition des droits d'auteur entre les époux, ou leur licitation, lorsque du moins l'auteur survit. L'arrêt de la Chambre civile du 25 juin 1902 ⁽³⁷⁾ a reconnu à l'auteur le droit de modifier et même de supprimer ses œuvres, ce qui est incompatible avec l'attribution d'une partie de ces droits à l'autre époux ou avec une licitation.

Comment s'effectuera le partage de la valeur représentative de la part d'intérêt de l'époux associé dans une société de personnes? Cette part d'intérêt, lorsque la société continue d'exister au jour du partage de la communauté, ne peut être partagée en nature, ni licitée. Elle doit être attribuée en totalité à l'époux associé, à la charge par lui de payer la moitié de sa valeur à l'autre époux ou ses héritiers. « Il y a là une sorte de vente forcée à l'époux associé par ses coindivisaires » ⁽³⁸⁾. Il n'y aura pas de difficultés, lorsque les autres ayants droit trouveront dans la masse d'autres éléments d'une valeur équivalente à la part d'intérêt, l'époux associé imputera sur son lot la valeur de sa part au jour du partage, ses coindivisaires recevront les autres effets communs. Mais souvent la part d'intérêt représentera le seul élément ou l'élément essentiel de la masse, il semble qu'en pareil cas l'indivision sera maintenue pendant un certain délai. Les auteurs et les arrêts disent volontiers que le conjoint de l'associé joue dès lors le rôle d'un croupier ⁽³⁹⁾. Nous avons vu qu'il n'y a pas en réalité de sous-association entre les époux relativement à la part d'intérêt :

(37) Aff. Lecocq, D. P. 1903, 1, 5, note COLIN, S. 1902, 1, 305. Note LYON-CAEN, précité.

(38) REDAUD : *Les parts sociales sous le régime de la communauté*, thèse Paris, 1929, n° 156. Cf. cep. NAST, *Rev. Crit.*, 1929, p. 399. D'après cet auteur, il faudrait pour l'imputation de la part au lot de l'associé l'accord des co-partageants.

(39) PLANIOL, RIPERT et NAST : IX, n° 863. Voir Paris, 29 juin 1927, D. P. 1927, 2, 161, précité.

une telle conception conduirait nécessairement à reporter au jour de la dissolution de la société le partage de l'émolument que représente la part : L'époux associé ne pourrait antérieurement contraindre son conjoint ou ses héritiers à recevoir leur part, afin d'être libéré de leur participation aux bénéfices et de leur concours au partage du fonds social à la dissolution de la société. Inversement, le conjoint de l'associé ne pourrait demander à être payé avant cette date. En qualifiant de croupier l'ex-conjoint de l'associé, on méconnaît sa situation réelle : ce conjoint n'est qu'un indivisaire, le partage doit pouvoir intervenir en tout temps entre les ayants droit ⁽⁴⁰⁾. Dès que l'époux associé pourra indemniser son ex-conjoint ou ses représentants de tout ou partie de leurs droits, il ne manquera pas de provoquer un partage immédiat. Pour la garantie de la soulte et des intérêts qui lui resteraient dus, il faut reconnaître au conjoint de l'associé le droit de faire une opposition ^(40 bis) au siège de la société. A chaque distribution de bénéfices, il recevra une part de l'émolument auquel il a droit. Au cas de dissolution de la société, il interviendra au partage de l'actif social (arg. art. 1872 et 882 C. civ.).

§ II. — L'ÉVALUATION DES BIENS COMPRIS DANS LA MASSE ⁽⁴¹⁾

Il est rare qu'un partage s'effectue sans qu'il y ait lieu de procéder à l'estimation des biens à partager. Sans doute, pour la commodité du partage, l'actif indivis a pu être converti en numé-

(40) La Cour de Paris dans son arrêt du 29 juin 1927 précité, tout en déclarant que la femme divorcée devait être considérée comme croupière de son mari, relativement à la part de commandite acquise, par celui-ci et tombée en communauté ne l'a pas obligée à attendre la dissolution de la société pour recevoir la moitié de la valeur de cette part. (Sur cette contradiction, voir HOUPIIN. *Journ. Soc.*, 1929, p. 531, note 1).

(40 bis) C'est là une garantie qui normalement sera prévue à l'acte de partage. L'époux associé ne s'y refusera pas, son intérêt est de mettre fin à l'indivision au plus tôt; il accordera à la femme le droit de se faire payer directement par la société, selon les échéances établies à l'acte de partage.

(41) Voir : ALIBERT, *De l'époque d'évaluation des biens dans les partages d'indivision*, thèse, Paris 1928; RADOUAN : *De l'estimation des biens compris dans un partage*, *Rev. Trim.*, 1925, p. 541 et s.; CAPITANT : *Rev. Crit.*, 1929, *loc. cit.*, n° 46; PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 804; PLANIOL, RIPERT, MAURY et VIALLETON, t. IV, n° 533.

raire à la suite de licitations, c'est la règle pour le partage de l'actif social. Ou bien, les divers éléments peuvent être répartis en nature, selon des parts rigoureusement égales. Pratiquement, une évaluation est nécessaire pour déterminer la valeur des divers biens, mis au lot de chacun : immeubles, fonds de commerce, valeurs mobilières. Cette évaluation s'impose, de même, lorsque les copartageants exercent leurs prélèvements sur le mobilier et les immeubles ^(41 bis). Elle est enfin nécessaire pour déterminer la valeur de l'émolument de la femme : ce ne sont pas, en effet, les biens en nature composant le lot de la femme qui sont directement affectés au paiement des créanciers de la communauté ; ceux-ci n'ont d'action qu'à concurrence de la valeur que représentent ces biens ^(41 ter).

Quelle est la date retenue pour l'évaluation des biens compris dans la masse à partager ? Le choix entre la date de la dissolution et celle du partage ne peut faire de doute. Les biens communs font partie d'une masse indivise, leur augmentation ou diminution de valeur profite ou nuit à la masse, l'évaluation doit être faite au jour de la répartition. En restant dans l'indivision, les ayants droit ont accepté de supporter en commun les risques afférents à leur propriété indivise, de profiter ensemble des plus-values et de subir en contre-partie les diminutions de valeur éventuelles. C'est en ce sens que se prononce la pratique notariale. Lorsque le partage est fait à une époque éloignée de la dissolution, la base d'estimation est la valeur au jour du partage, ou plus exactement celle au jour de la jouissance divise ⁽⁴²⁾. Si toutefois le partage accompagne immédiatement la dissolution, les notaires, pour simplifier les comptes, fixent la jous-

(41 bis) Voir RAYNAL, *thèse précitée*, p. 176 et s. Douai, 23 octobre 1928. Rev. Douai, 1928, 328.

(41 ter) Pour déterminer la valeur de cet émolument, on pourrait hésiter entre un certain nombre de dates : dissolution de la communauté, confection de l'inventaire, partage, poursuite des créanciers. On est d'accord pour retenir la valeur au jour du partage. AUBRY et RAU, VIII, § 520, note 14.

(42) ANDRÉ : *Traité théorique et pratique des liquidations et partages*, t. I, n° 1642. — DEFRÉNOIS : *Traité pratique et formulaire des liquidations et partages*, 6^e éd., n°s 929, 933. — FOIRET : *De l'époque à laquelle doivent être estimés les biens compris au partage*, Journal des Notaires, avril 1924, p. 209.

sance divise au jour de la dissolution, cette date sert en même temps de base à l'évaluation du capital, il n'y a là aucun inconvénient. Cette pratique notariale remonte d'ailleurs à notre Ancien Droit. « Lorsqu'un trop long délai s'était écoulé entre la dissolution de la communauté et le partage, des tempéraments étaient admis à la règle de l'évaluation à la dissolution » (43).

Il est curieux de constater que certains auteurs et la jurisprudence jusqu'à une époque rapprochée, n'ont pas ratifié cette pratique et se sont prononcés pour l'évaluation au jour de la dissolution. « On ne comprendrait pas, disent Aubry et Rau et Bârtin (44), que le droit de la communauté put s'étendre à une augmentation de valeur, puisque la communauté n'existe plus quand elle se produit. Cela est aussi vrai de l'hypothèse où il s'agit d'un fonds de commerce que de celle où il s'agit d'un office ministériel. Dans le cas d'une diminution de valeur, la perte par une juste réciprocité ne saurait retomber sur la communauté. » C'est là méconnaître l'existence de la masse indivise de communauté et tenir pour non avenue la période d'indivision. La plupart des décisions invoquent l'article 883 pour l'évaluation à la dissolution. Chaque époux est censé propriétaire des biens mis dans son lot dès la dissolution, le partage doit être censé fait à ce même moment. Il faut délibérément écarter l'article 883, lorsqu'il s'agit de déterminer et la composition de la masse partageable et la valeur de cette masse. Le seul but de cet article

(43) OLIVIER MARTIN : *Histoire de la coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, t. II, fasc. 1^{er}, p. 221 et note 5. Cf. POTHIER, *Communauté*, n° 665.

(44) T. VIII, § 519, p. 275, texte et note 32, *quinquies*.

En ce sens : Req., 8 juin 1868 précité, Besançon, 1^{er} avril 1863, précité, D. P. 1863, 2, 93. Paris, 21 février 1893 précité, S. 1894, 2, 109. Bordeaux, 28 avril 1896, précité. Bourges, 20 novembre 1923 et Trib. Civ. Seine, 17 nov. 1923, S. 1924, 2, 33, Note H. ROUSSEAU. Paris, 18 janvier 1927, précité. D. P. 1928, 2, 141, Trib. Civ. Toulouse, 22 juin 1929; *Gaz. Pal.*, 1929, 2, 403. Rapp. Crim., 16 nov. 1893, S. 1896, 1, 478.

Cette jurisprudence faisait toutefois exception pour les fonds de commerce, elle admettait que leur plus-value profitait à la masse : Paris, 22 mars 1834, précité, S. 1834, 2, 190; 24 avril 1898, S. 1858, 2, 477. Voir les arrêts cités au sujet des bénéfices industriels et commerciaux.

Nous avons souligné plus haut l'anomalie relative à l'office ministériel non prélevé, que la jurisprudence estime pour sa valeur au jour de la dissolution.

est de protéger les copartageants contre les constitutions de droits réels consenties par l'un d'entre eux au cours de l'indivision et d'affranchir de tels droits la propriété qui leur est attribuée en partage. Un tel système ne peut reposer que sur une fausse application de l'article 883. L'effet déclaratif du partage ne joue qu'une fois la répartition accomplie. On ne peut l'invoquer auparavant pour poser une règle « en ce qui concerne la détermination et l'évaluation de la masse partageable » (45). Il serait, de plus, irrationnel de condamner au nom d'un article qui vise l'égalité entre copartageants un usage inspiré du même principe. La jurisprudence a parfois tiré argument de l'article 7, alinéa 3, de la loi fiscale du 18 mai 1850, stipulant « que le capital servant à la liquidation du droit d'enregistrement est déterminé par le cours moyen de la Bourse au jour de la transmission ». Ce texte ne concerne que partiellement notre hypothèse, il vise la transmission des biens du défunt, dont sa part de communauté, à ses héritiers. Cette loi fiscale ne vise que la transmission des biens, mais non le partage qui n'est qu'une conséquence de cette transmission et ne se confond pas avec elle. Elle n'a pas à être retenue. L'article 922 du Code civil ne constitue pas une plus sérieuse objection : pour déterminer la consistance de la succession, en vue de fixer la quotité disponible, il faut, d'après cet article, estimer les biens donnés au jour du décès du donateur. Or les biens donnés par le *de cujus* ne figurent plus dans la masse, ils en sont sortis définitivement ; il est naturel de se placer au jour du décès pour apprécier dans quelle mesure ils doivent être réduits, la réduction des dons se rattache à la transmission du patrimoine du défunt et non au partage de la masse héréditaire.

Ces arguments ne sont plus ceux de la jurisprudence récente : Une évolution s'est affirmée dans le sens de l'évaluation au jour du partage. La Cour de Paris (46) a décidé qu'il convient d'es-

(45) *Trib. Civ. Seine*, 6 décembre 1928, D. H. 1929, 159 et comment. VIALLETON dans *Rev. Crit.*, 1929, p. 533.

(46) Paris, 29 juin 1927, D. P. 1927, 2, 161, note CAPITANT, précité. — Dans le même sens, *Civ.* 20 juillet 1928 précité, D. H. 1928, 317. Comment. NAST dans *Rev. Crit.*, 1929, p. 395; *Trib. Civ.*, Lyon, 25 juillet 1924 et sur appel,

timer les biens « non pas au jour où a commencé l'indivision, mais à l'époque du partage, par analogie avec les dispositions, non pas de l'article 883, mais de l'article 890 du Code civil ». Cette évolution a été confirmée par de nouvelles décisions. L'argument de l'article 890 du Code civil doit être retenu. C'est au jour du partage, dit cet article, qu'il faut se placer pour apprécier s'il y a eu lésion de plus du quart à l'égard d'un copartageant. Puisque c'est à ce moment précis que doit exister l'égalité, c'est aussi au même moment que doit être faite l'évaluation. Choisir un autre moment, serait « en des temps de crise comme le nôtre, aller de gaieté de cœur au devant d'une rescision » (47). Le principe de l'égalité appelle nécessairement l'évaluation au moment du partage.

§ III. — A QUELLE DATE REMONTE L'EFFET DÉCLARATIF DU PARTAGE?

L'article 883 du Code civil, aux termes duquel « chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession » s'applique au partage de la communauté comme à celui de la succession (art. 1476 C. civ.). Mais une question spéciale se pose à son sujet, celle de la date à laquelle remonte l'effet déclaratif. L'effet du partage de l'actif successoral remonte au décès du *de cujus*. Celui du partage de l'actif social remonte au jour de la dissolution de la société (48), la société durant son existence est revêtue de la personnalité juridique, l'effet déclaratif ne peut remonter au delà de la dissolution de la société. Mais, en notre

Lyon 2 avril 1925, S. 1925, 2, 54; Caen, 29 juin 1928. précité; *Rec. Rouen et Caen*, 1929, 2, 5; *Trib. Civ. Seine*, 6 décembre 1928, précité, D. H. 1929, 158; Paris, 22 février 1930 (2^e arrêt) S. 1930, 2, 102. Voir jurispr. belge; *Trib. Civ. Liège*, 11 août 1886, *Pasicr.*, 1887, 3, 8, art. 617, al. 1, C. Civ. Helvétique.

(47) ROUSSEAU, note S. 1924, 2, 33, précitée.

Voir pour une intéressante application de l'art. 890 C. Civ., 28 janvier 1929 précité; *Gaz. Pal.*, 1929, 1, 647; *Gaz. Trib.*, 7-8 mai 1929; Comment. SAVATIER, *Rev. Trim.*, 1929, p. 481 et GAUDEMET, *ibid.*, p. 753.

(48) HÉMARD, 2^e éd., *op. cit.*, n° 589. — LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, 5^e éd., n° 425 *bis* et 426.

notre matière, deux indivisions se succèdent : La communauté, d'après l'opinion dominante, n'a pas la personnalité morale, elle ne constitue qu'une masse de biens indivise entre époux. D'autre part, une indivision proprement dite fait suite à sa dissolution. On est ainsi amené à se demander à quelle date remonte l'effet du partage : est-ce seulement au jour de la naissance de la seconde indivision, c'est-à-dire au jour de la dissolution de la communauté ? Est-ce au jour où les biens qui font l'objet du partage sont entrés dans la communauté ? L'intérêt de la question est le suivant : la rétroactivité au jour de la dissolution efface la période d'indivision proprement dite, la rétroactivité au jour où le bien est entré en communauté efface en même temps la durée de la communauté elle-même. La plupart des auteurs, entraînés par la logique, enseignent que l'effet rétroactif du partage doit remonter au jour où chacun des biens est entré dans l'actif commun, chacun des copartageants est dès lors censé propriétaire exclusif des biens mis dans son lot (48 bis). C'est là une conséquence nécessaire de la nature juridique de la communauté, simple indivision entre époux. « Dès que l'on refuse à la communauté l'existence légale comme personnalité civile, il faut bien faire rétroagir le partage au delà de la dissolution de cette communauté, sinon il subsisterait une période correspondant à toute la durée de la vie commune, pendant laquelle l'indivision ne serait pas effacée » (49). La rétroactivité au jour où le bien est entré en communauté apporte, d'après ces auteurs, un avantage précieux :

(48 bis) La Ch. Civile de la C. Cass. est favorable à la rétroactivité au jour où le bien est entré en communauté. Voir Civ., 28 déc. 1886, D. P. 1887, 1, 485, S. 1887, 1, 213. Civ., 6 décembre 1910, D. P. 1912, 1, 446. — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE : II, N° 1147, remarquent justement que la solution adoptée par le premier arrêt se justifie sans qu'il soit besoin d'invoquer l'effet déclaratif. Le second arrêt a trait à l'effet déclaratif du prélèvement. Voir en sens contraire, les deux arrêts de Cour d'Appel cités plus loin.

(49) BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE : II, N° 147. En ce sens, GUILLOUARD : *Contr. de mar.* III, n° 1336; AUBRY et RAU, VIII, § 519, 3°, note 27; PLANIOL, RIPERT et NAST, IX, n° 849, texte et note 6. Cette Doctrine invoque l'autorité de POTHIER, *Communauté*, n° 711.

elle permet de comprendre pourquoi les donations d'immeubles, interdites au mari par l'article 1422, sont cependant valables si les biens donnés sont attribués au mari ; le donataire est autorisé à les conserver, comme les ayant reçus de son véritable propriétaire, grâce à l'effet déclaratif du partage ⁽⁵⁰⁾. Mais les auteurs, qui admettent la rétroactivité complète, ne peuvent aller jusqu'au bout de leurs conclusions : ils reconnaissent que la rétroactivité est purement apparente en ce qui concerne la durée de la communauté, elle ne permet pas d'effacer les actes accomplis par le mari comme chef de la communauté (art. 1421 C. civ.) Les constitutions d'hypothèques et de servitudes, les actes d'aliénations du mari sont opposables à la femme et à ses ayants cause et n'ont pas à être remis en question. L'effet déclaratif du partage ne saurait prévaloir contre les dispositions de la loi qui déterminent les pouvoirs du mari et règlent les effets de ces actes d'une manière absolue. Il faut aussi tenir compte des pouvoirs de la femme qui a agi avec l'autorisation de justice dans les hypothèses de l'article 1427 du Code civil, ou sans autorisation, s'il s'agissait de ses biens réservés (art. 1^{er} loi 13 juillet 1907). Les droits consentis par le mari ou la femme dans la limite de leurs pouvoirs ne peuvent être anéantis ; ils subsistent, quel que soit l'époux qui reçoit en partage les biens grevés.

Une difficulté s'est présentée en ce qui concerne les hypothèques judiciaires et légales nées du chef du mari. Par le jeu de l'effet déclaratif, ces hypothèques cesseraient de grever les immeubles mis au lot de la femme. Il y aurait donc un intérêt pratique à faire rétroagir l'effet du partage au jour où l'immeuble est entré en communauté.

On admet toutefois que la femme peut exercer son hypothèque légale, non seulement sur les immeubles de communauté mis au lot du mari, mais, parfois, même sur un immeuble conquêt mis dans son propre lot ⁽⁵¹⁾. Cette hypothèque de la femme grevant

(50) PLANIOL, RIPERT et NAST : IX, n° 849, note 6 ; VIII, n° 535.

(51) Cf. BAUDRY-LACANTINIERE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1147 *bis*; BAUDRY-LACANTINIERE et DE LOYNES : *Des privilèges et hypothèques*, t. II, nos 1005 et 1008 ; *Contra* : PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, XII, n° 492, *texte et note* 3.

un immeuble qui lui est attribué surprend de prime abord, on ne conçoit pas une hypothèque constituée sur son propre patrimoine. Cette hypothèque a cependant son intérêt lorsque les immeubles attribués à la femme sont grevés de charges établies par le mari au cours de la communauté. La rétroactivité du partage laisse subsister les droits consentis aux tiers par le mari sur ces immeubles ; la femme créancière de son mari ne doit pas être d'une condition inférieure à celle des autres créanciers. L'effet déclaratif doit laisser subsister les droits hypothécaires de l'épouse, tout aussi bien que ceux des autres créanciers.

Quant à l'hypothèque judiciaire acquise à des tiers du chef du mari, faut-il décider qu'elle ne greve pas les immeubles mis au lot de la femme, à raison de l'effet déclaratif ? Cette question a donné lieu à de longues controverses qui remontent à notre Ancien Droit ⁽⁵²⁾. On a successivement distingué entre les dettes nées du chef du mari avant le mariage, et celles qui ont pris naissance au cours de la communauté. L'hypothèque judiciaire ne grèverait les immeubles mis au lot de la femme qu'au cas d'une condamnation prononcée à raison d'une dette née au cours du mariage. On a aussi distingué selon que la condamnation avait été prononcée avant le mariage ou au cours de la communauté (Pothier), ou selon que la dette grevait ou ne grevait pas la communauté (Lebrun, Bourjon, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1275 ; Planiol, Ripert et Becqué, XII, n° 602).

Il est plus simple de décider que l'hypothèque judiciaire est toujours opposable à la femme. Tous les droits nés pendant le mariage, du chef du mari, sur les biens communs, produisent un effet définitif, il n'y a pas à distinguer entre les hypothèques conventionnelles, légales ou judiciaires ⁽⁵³⁾. L'hypothèque judiciaire grevait tous les immeubles communs, ceux que le partage attribue à la femme lui adviennent grevés de cette hypothèque, l'article 883 ne permet pas de l'effacer.

(52) Voir POTHIER, *Communauté*, n°s 752-753.

Sur ce point, voir PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, XII, n°s 602 et 603.

(53) CAPITANT, *Rev. Crit.*, 1929, *loc. cit.*, note 77. — DESSERTAUX, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif du partage en droit civil français*, thèse précitée, p. 340, note 1, 2°.

Le système doctrinal de la rétroactivité au jour où le bien est entré en communauté ne présente dès lors aucun intérêt pratique. La nullité édictée par l'article 1422 s'explique sans qu'il y ait lieu de recourir à l'effet déclaratif : cette nullité est une mesure de garantie instituée dans l'intérêt de la femme acceptante, en contre-partie des pouvoirs exorbitants du mari. Si l'immeuble donné est mis au lot du mari, la donation est validée, sans qu'il y ait lieu de recourir à l'article 883 du Code civil. En l'absence d'un texte analogue à l'article 1599 du Code civil qui déclarerait nulle la donation de la chose d'autrui, on ne peut concevoir que le mari possède contre cet acte une action en nullité qui ne serait à aucun degré dirigée dans l'intérêt de la femme (54). Il est préférable de revenir à une vue exacte des choses, et de ne pas appliquer l'article 883 à la période de communauté en le dépouillant de son effet essentiel. L'effet déclaratif ne doit remonter qu'au jour de la dissolution de la communauté (55) : chaque co-partageant sera dès ce jour réputé propriétaire exclusif des biens mis dans son lot, les actes passés par ses coindivisaires sur les biens qu'il reçoit lui sont inopposables. En restreignant ainsi la portée de la rétroactivité, on ne modifie pas les droits fiscaux dus par le copartageant. Ce dernier ne doit pas les droits de mutation afférents aux actes translatifs de propriété, il n'est pas tenu de procéder à la transcription. Sa situation est analogue à celle de l'associé au moment du partage du fonds social. Loin de présenter quelque inconvénient, la rétroactivité au jour de la dissolution peut conduire à un résultat important en droit fiscal. En effet, la jurisprudence du Conseil d'Etat tire de la rétroactivité au jour où le bien est entré en communauté une conséquence fâcheuse. Au cas de dissolution du mariage en cours d'année, elle décide que la femme doit être imposée,

(54) DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 340, note 1, 1°.

(55) En ce sens : DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 339; BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de Baudry-Lacantinerie*, t. IV, n° 273, Douai 5 mars 1897, D. P. 1897, 2, 229, S. 1899, 2, 39; Rapp. Lyon, 16 juillet 1881, D. P. 1882, 2, 175, S. 1882, 2, 237, mais dans ce dernier arrêt, il n'y avait aucune place pour l'art. 883, il s'agissait d'une adjudication en suite de saisie et non d'une licitation équivalant à un partage.

l'année suivante, au titre de l'impôt général sur le revenu, pour la moitié des revenus entrés en communauté du 1^{er} janvier de l'année jusqu'au jour de la dissolution. « Il résulte des dispositions combinées des articles 1401, 1476 et 883 Code civil que le partage de la communauté, lors de la dissolution par le décès du mari, n'a eu pour objet que de constater les droits de propriété de la femme à la moitié des revenus au jour de leur entrée dans la masse commune, sans modifier le caractère des revenus de ladite part, ni opérer aucun transfert de propriété et que la femme, propriétaire à leur origine desdits revenus, doit être considérée comme en ayant joui personnellement au cours de l'année fiscale » (56). Cette solution est critiquable. Elle aboutit à imposer la femme pour des revenus qu'elle ne recueille pas en partage, lorsque le mari en a disposé. D'autre part, le mari ne se trouve imposé que pour une partie des revenus communs dont il a, en fait et en droit, disposé pour la totalité. En faisant rétroagir le partage à la dissolution de la communauté, on évite ce résultat : Tant que dure le régime matrimonial, le mari chef de la communauté est imposé pour tous les revenus de la masse. Chaque époux n'est personnellement imposé que pour les revenus dont il dispose après la dissolution.

« Pour ceux très nombreux, dit M. Desserteaux (57), qui croient que les notions classiques suffisent parfaitement à expliquer notre communauté, sans en faire une *Gesammte Hand*, ni une personne morale et qu'on peut parfaitement lui laisser son originalité propre, il faut dire que l'effet rétroactif doit s'arrêter également à la dissolution. Le caractère déclaratif est un remède inventé pour les situations inextricables dans lesquelles les pouvoirs de tous s'entrecroisent, où il est presque impossible à quelqu'un de faire un acte qui ne nuise à tout le monde et n'augmente le chaos. Il doit donc rester étranger à la situation qui

(56) C. E. 31 mars 1925 (2^e arrêt), D. P. 1926, 3, 57, note Trotabas; C. E., 17 décembre 1926, D. P. 1927, 3, 47, C. E., 25 mars 1927; D. P., 1927, 3, 61, note Trotabas; C. E., 18 mai 1928, *Gaz. Pal.*, 1928, 2, 188.

Voir à ce sujet : VIERNE, *Le statut fiscal de la famille en matière d'impôt général sur le revenu*, thèse Grenoble, 1929, p. 101 et s., p. 115 et s.

(57) *Op. cit.*, p. 339.

dure de la célébration du mariage à sa dissolution. Pendant ce temps-là, la loi a prévu d'une façon très précise et qui donne toute satisfaction aux besoins de la pratique, le sort des actes d'administration et de disposition. »

Conclusion

On s'accorde aujourd'hui, quelle que soit la formule donnée pour définir la nature juridique de la communauté de biens entre époux, à voir dans cette institution une universalité de biens affectée à l'intérêt commun des conjoints. Sans doute, tant que dure le mariage, l'individualité de cette masse de biens n'apparaît qu'au regard de la femme, les éléments communs se trouvent unis au patrimoine du mari d'une façon si étroite qu'ils sont en fait et en droit confondus avec ses propres biens.

L'observation des faits nous a montré que la communauté, une fois dissoute, ne se fractionne pas immédiatement pour une part forfaitaire entre les divers patrimoines de ses ayants droit. L'événement qui emporte la dissolution interrompt la vie active de la communauté ; le rôle du patrimoine commun, en tant que facteur économique dans la vie du ménage, disparaît. Les éléments communs ne continuent pas moins de former un ensemble cohérent, une masse indépendante du patrimoine personnel des communistes, dont l'autonomie patrimoniale apparaît à l'état pur. La communauté dissoute forme une universalité fermée, dégagée désormais de l'emprise prédominante du mari, et qui survit pour les besoins de sa liquidation. L'actif, une fois réparti entre les copartageants, s'incorpore à leur patrimoine personnel et rentre alors, comme élément de ce patrimoine, dans la vie économique courante.

Le but essentiel de cette étude a été d'accuser la tendance jurisprudentielle moderne qui donne à la masse indivise des biens communs une individualité marquée et lui permet de vivre jusqu'au jour de sa liquidation d'une vie propre et caractérisée. Cette con-

ception d'une masse autonome a, sur le terrain des faits, donné une nombre appréciable de résultats.

En ce qui concerne le contenu de l'indivision, l'idée d'universalité explique que tous les éléments de la communauté figurent dans la masse indivise, y compris les créances et les dettes. Pendant la période d'attente que constitue l'indivision, cet ensemble de biens n'est pas immuablement figé, il subit des transformations, bénéficiant de tous les fruits et revenus qui ont leur source dans les éléments constitutifs de la masse, recouvrant par le jeu de la subrogation réelle les éléments nouveaux substitués à ceux qui sont sortis de la masse. L'intégrité de la masse à liquider est assurée jusqu'au jour du partage, et c'est ce jour qui est retenu pour l'établissement des comptes et l'évaluation des biens à partager, sauf fixation de la jouissance divise à la dissolution.

L'existence de comptes à régler entre copartageants implique la nécessité d'exclure le principe de la division des créances, posé par l'article 1220, aussi bien dans les rapports entre coindivisaires que dans les rapports avec les tiers. En ce qui concerne le règlement du passif, l'idée d'un patrimoine séparé nous a conduit à accorder aux créanciers communs un droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels. Il est juste que les créanciers communs, qui ont contracté en considération d'un gage déterminé, excluent sur les biens qui le composent les créanciers personnels qui n'ont pas à compter sur ce gage ; les biens communs subsistent à l'état de masse distincte, ils doivent être spécialement affectés aux créanciers dont le droit est né pendant le mariage, et qui ayant vu le mari intervenir à l'acte pour s'obliger lui-même ou pour autoriser sa femme ont fait véritablement crédit au ménage.

L'existence d'une masse de biens autonome donne son véritable sens aux dispositions légales relatives à la liquidation. Par la théorie des récompenses, la loi envisage la masse commune comme un troisième patrimoine distinct de celui des époux, et règle minutieusement les rapports de cette masse avec le patrimoine des époux. La masse peut être créancière ou débitrice de chacun des copartageants, sans que sa créance ou sa dette se divise et s'éteigne partiellement par confusion ; le règlement de

ces créances et dettes n'est pas ramené à un règlement personnel entre époux, il est intégré dans les opérations de liquidation et de partage et s'opère par les procédés spéciaux du prélèvement et du rapport des dettes. Prélèvements et rapports supposent l'existence d'une masse de biens à partager, et la reconnaissance de cette masse a autorisé la jurisprudence à étendre ces procédés de règlement aux créances ^{Maury} dettes nées au cours de l'indivision et à celles existant du chef d'héritiers copartageants.

« L'accès aux résultats simples, clairs et utiles, les besoins de la gestion et de la liquidation demandent que celle-ci soit envisagée objectivement comme une masse ayant sa situation propre, soumise à des règles particulières et distincte du patrimoine propre des indivisaires » (1). Toutes ces solutions s'expliquent par la seule idée d'une masse affectée aux besoins de la liquidation. D'un point de vue purement théorique, on ne manquera pas d'objecter que de tels résultats ne sont justifiables qu'en faisant de la communauté une personne morale qui survivrait à sa dissolution pour les besoins de sa liquidation. Un auteur (2) a même prétendu que la personnalité apparaissait au moment de la dissolution de la communauté. La masse commune constituerait pendant l'opération de liquidation des reprises une véritable personne morale, dont la femme et les créanciers communs deviendraient les ayants cause. Sinon, la communauté n'existant plus, la femme ne pourrait être que créancière de son mari, et les créanciers de la communauté les ayants cause des époux. Seule l'idée de personnalité permettrait d'expliquer la qualité de la femme créancière de la masse et son concours avec les créanciers communs. Il est plus simple de s'en tenir à une vue concrète des choses, l'examen des faits permet de découvrir dans la masse des biens communs « tous les caractères attachés aux ensembles de droits et d'obligations que l'on nomme patrimoines » (3). Il serait inexact de croire que le concept de patri-

(1) PLANIOL, RIPERT, MAURY et VIALLETON, IV, n° 473.

(2) MAURICE PICARD : *De la preuve par commune renommée*, thèse Paris, 1911, p. 44, p. 47.

(3) GAZIN : *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la Doctrine classique*, thèse Dijon, 1910, p. 386.

moine et celui de personnalité sont étroitement liés, et qu'une masse de biens doit avoir pour support nécessaire une personne morale. Tant que la masse des biens communs subsiste, elle forme un tout, un ensemble de biens et de dettes nettement séparés, d'un mot un patrimoine; « ce patrimoine n'est l'attribut ni d'une personne physique, ni d'une personne morale, il a une destination » (4). Le langage courant, fidèle observateur des faits, ne traduit-il pas la situation spéciale de ce patrimoine en indiquant qu'il y a « une affaire en liquidation ». Notre Droit n'est certes pas ouvert à la théorie des patrimoines d'affectation, il répugne à ces notions de tournure germanique. Il est toutefois impossible de méconnaître l'existence courante de masses de liquidation. L'hérédité indivise constitue jusqu'au jour du partage un véritable patrimoine autonome. M. Siesse a remarquablement souligné l'évolution des jurisprudences issues de la tradition classique, qui tendent à rassembler les valeurs héréditaires en une masse organique survivant au défunt, dans son unité globale, jusqu'au jour de la liquidation. A la dissolution d'une société, l'ensemble des éléments qui composent le patrimoine social ne forme-t-il pas une masse de biens grevés d'une affectation spéciale ? Les biens sociaux continuent de former un patrimoine autonome et indépendant ; les créanciers sociaux restent les créanciers de la société, et les créanciers personnels des associés s'effacent devant eux aussi longtemps que la liquidation et le partage ne sont intervenus. Les biens du failli ne forment-ils pas de même une masse destinée à l'acquittement des dettes du commerçant ? Ces biens constituent le gage exclusif de la masse des créanciers, le failli dessaisi de l'universalité de ses biens ne peut désormais compromettre le droit de ces créanciers en contractant de nouvelles dettes ou en aliénant les biens devenus l'objet de leur gage. Dans tous ces cas, on se trouve en présence de masses de biens qui n'ont plus de rôle économique à jouer, mais qui ne subsistent pas moins comme masses à liquider.

La conception d'une masse autonome survivant à la dissolu-

(4) H. GAZIN, *op. cit.*, p. 388.

tion de la communauté pour les besoins de sa liquidation permet d'organiser l'indivision post-communautaire et la liquidation de la communauté sur des bases fermes. La jurisprudence française ne manque pas de reconnaître l'existence de cette « masse » (5) et les décisions à venir plus homogènes ne pourront qu'affirmer avec plus de netteté cette conception acquise désormais à la jurisprudence et à la pratique notariale. Il serait inexact de prétendre que notre Droit méconnaît aujourd'hui l'existence de l'indivision et n'organise pas la liquidation de la communauté selon des procédés techniques. Au lendemain de la promulgation du Code civil allemand, on ne manqua pas d'opposer aux dispositions scientifiques et modernes de ce monument législatif, l'absence d'organisation et la réglementation rudimentaire relative aux liquidations des communautés et des successions dans notre loi. On se rend compte aujourd'hui que les dispositions de notre Code civil sur la liquidation des communautés et la thèse remarquable à bien des égards construite progressivement par la jurisprudence pour donner à l'indivision une existence organique, conduisent, par des procédés techniques différents, à des résultats analogues à ceux du Droit allemand.

Mais à la différence des systèmes germaniques, notre conception de l'indivision n'empêche pas d'accorder aux indivisaires des possibilités de crédit à concurrence de leur quote-part dans la masse. L'effet déclaratif du partage apporte une garantie nécessaire, en supprimant les réactions individuelles imputables aux actes d'un copartageant non attributaire. Il fixe les biens sur lesquels chaque copartageant est censé avoir toujours eu une propriété exclusive et absolue et fait table rase de la période d'indivision quant à l'effet des actes accomplis par un autre indivisaire. Le désir de neutraliser la période d'indivision hantait le législateur de 1804 et l'on a trop souvent retenu cet anéantissement rétroactif pour méconnaître l'existence de l'indivision à l'état de masse autonome. En réalité, l'effet déclaratif n'intervient qu'après la répartition de la masse pour affranchir les biens

(5) L'arrêt précité de la Ch. Civ. du 25 juillet 1923 le dit expressément.

partagés des droits nés du chef des autres communistes. Il ne peut empêcher que la masse ait son existence propre et subsiste, comme telle, jusqu'au partage.

D'après certains auteurs (6), une contradiction latente se manifeste et s'accuse de plus en plus entre l'effort d'organisation de l'indivision poursuivi par la jurisprudence et le report du partage au jour où naît l'indivision. « Plus l'indivision vit d'une vie propre et caractérisée, moins elle supporte cet anéantissement rétroactif. Les réformes de l'avenir viseront probablement à faire céder la rétroactivité devant une réglementation précise de l'indivision. » A l'exemple de la Loi belge du 8 juillet 1924 qui a réglementé le régime de la copropriété, des perfectionnements sont souhaitables pour assurer un meilleur fonctionnement de l'indivision : nous avons marqué tous les inconvénients de la cession d'une quote-part consentie sur l'un des éléments déterminés de la masse. Les perfectionnements législatifs n'empêcheront pas que l'effet déclaratif sera toujours nécessaire pour rendre l'allotissement de chaque copartageant indemne du fait des autres et notamment du fait de leurs hypothèques. Il ne saurait y avoir d'opposition entre la conception d'une masse organisée et celle du partage déclaratif. Le système français de l'indivision et du partage porte en lui les éléments d'un juste équilibre. La conception organique de l'indivision et celle du partage déclaratif rejoignent leurs effets dans un but commun : l'égalité des copartageants.

Vu :

LE DOYEN,

Grenoble, le 27 Mai 1931.

PAUL REBOUD.

Vu :

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,

Grenoble, le 27 Mai 1931.

PAUL GUYOT.

Vu et permis d'imprimer

Grenoble, le 27 Mai 1931.

LE RECTEUR, PRÉSIDENT DU CONSEIL DE L'UNIVERSITÉ,
HENRY GUY.

(6) PLANIOL, RIPERT, MAURY et VIALLETON, IV, n° 639.

Bibliographie

Ancien droit

- BEAUMANOIR. — *Contumes de Beauvoisis*, ch. XXI, 7 et 8.
DENISART. — *Collection des décisions nouvelles*, t. I, Paris, 1771.
LEBRUN. — *Traité de la Communauté*, Paris, 1734.
LOYSEL. — *Institutes Coutumières*. Ed. Dupin et Laboulaye, Paris, 1846, n^{os} 386 et s.
POTHIER. — *Traité de la Communauté*. Ed. Bugnet, Paris, 1862, t. I et VII.
POCQUET DE LIVONNIÈRE. — *Règles du Droit François*, 3^e éd., 1737.
DU ROUSSEAUD DE LA COMBE. — *Recueil de jurisprudence civile du pays de droit écrit et de droit coutumier*, Paris, 1785.

Ouvrages modernes

I. — TRAITÉS GÉNÉRAUX

- AMIAUD. — *Traité formulaire général alphabétique et raisonné du notariat*, t. III, 7^e éd., Paris, 1923.
AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5^e éd., revu par Martin, t. VIII, Paris, 1916 ; t. IX, Paris, 1917.
BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil*, 12^e éd., revu par Guyot, t. III, Paris, 1922.
— *Traité théorique et pratique de Droit civil*.
— *Des personnes*, par Houques Fourcade, t. I, Paris, 1896.
— *Du Contrat de mariage*, par Le Courtois et Surville, t. I et II, Paris, 1898.
— *Des donations entre vifs et des testaments*, par M. Colin, t. II, Paris, 1896.

- BONNECASE. — *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil par Baudry-Lacantinerie*, t. IV, Paris, 1928.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. III, 4^e éd., Paris, 1925.
- DEFRÉNOIS. — *Traité pratique et formulaire des liquidations et partages*, t. I et II, 6^e éd., Paris, 1923.
- FENET. — *Travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII.
- GUILLOUARD. — *Traité du contrat de mariage*, t. III, Paris, 1887.
- HÉMARD (J.). — *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2^e éd., Paris, 1926.
- JOSSERAND. — *Cours de Droit civil positif français*, t. I, II, III, Paris, 1930.
- LEFEBVRE. — *Histoire du Droit matrimonial français*, t. III, Le Droit des gens mariés, Paris, 1908.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de Droit civil français*.
— Tome I. *Les personnes*, par Savatier, Paris, 1925.
— Tome II. *La famille*, par Rouast, Paris, 1926.
— Tome III. *Les biens*, par Rouast, Paris.
— Tome III. *Les biens*, par M. Picard, Paris, 1926.
— Tome IV. *Les successions*, par J. Maury et H. Vialleton, Paris, 1928.
— Tomes VIII et IX. *Les régimes matrimoniaux*, par M. Nast, Paris, 1927.
— Tome XII. *Les sûretés réelles*, par Becqué, Paris, 1927.
- PIC et BARATIN. — *Des sociétés à responsabilité limitée*, 2^e éd., Paris, 1929.
- THALLER. — *Traité élémentaire de Droit commercial*, 8^e éd., par Percerou, Paris, 1931.
- THALLER et PIC. — *Des sociétés commerciales*, t. I, 2^e éd., 1925.
- VAN BIERVLIET. — *Cours de Droit civil*, II, Les Successions, Louvain-Paris, 1921.

II. — OUVRAGES SPÉCIAUX ET ARTICLES

- BONNECASE. — *L'institution de la communauté continuée*. Contribution à l'étude de la réforme du Droit matrimonial français. Annales de l'Université de Grenoble, t. XXI, n^o 3, 1909 ; t. XXII, n^o 1, 1910.
- BOURCART. — *Des droits de la femme après dissolution de la communauté sur la commandite souscrite par son mari*. Journal des Sociétés, 1928, p. 449.
- CAPITANT (H.). — *Essai sur la subrogation réelle*. Revue trimestrielle de Droit civil, 1919, p. 385 et s.
- *De l'indivision héréditaire*. Revue Critique de législation et de jurisprudence, 1924, p. 19 et s., p. 84 et s.

- *De la clause donnant au survivant des époux la faculté de prélever le fonds de commerce exploité par eux.* Revue critique, 1927, p. 21 et s.
- *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux.* Revue critique, 1929, p. 65 et s.
- DEMOGUE. — *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance.* Revue trimestrielle, 1905, p. 741 et s.
- DESCHAMPS (A.). — *Du rapport des dettes*, Paris, 1889.
- DOLBEAU. — *Rapport présenté au nom de la Commission des sociétés entre époux.* Bulletin de la Société d'études législatives, 1930, n° 3.
- DONNEDIEU DE VABRES et NAST. — *L'héritage.* La vie juridique du Français, publié par Thaller, t. II, p. 109 et s., Paris, 1909.
- ESMEIN (P.). — *De quelques questions soulevées par les clauses de continuation des sociétés de personnes par suite du décès d'un associé, spécialement au cas d'existence de réserves occultes.* Répertoire général pratique du Notariat, 1928, art. 21.582.
- GAUDEMET. — Commentaires dans les *Revue Trimestrielles*, 1910, p. 423 et s. ; 1929, p. 753 ; 1930, p. 780.
- GIRAUD. — *Du partage des créances et de l'inapplicabilité totale de l'article 1220 du Code civil dans une indivision comprenant des rapports en moins prenant.* Revue Critique, 1928, p. 333 et s.
- GUYOT (P.). — *La renaissance des retraits.* Revue Critique, 1924, j. 101 et s.
- *Les Assurances privées* (loi du 13 juillet 1930). Les lois nouvelles, 1930, p. 409 et s.
- HOUPIN. — *Des droits de la femme après dissolution de la communauté sur la part de son mari dans une société de personnes.* Journal des Sociétés, 1929, p. 529.
- JOSSERAND. — *Essai sur la propriété collective.* Livre du Centenaire du Code civil, tome I, p. 355.
- LEBRET. — *Du sort des droits consentis sur les biens indivis.* Revue Critique, 1928, p. 406 et s., p. 475 et s.
- MAZEAUD (L.). — *De la liquidation des sociétés entre époux.* Revue Critique, 1928, p. 291 et s.
- *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits.* Revue Trimestrielle, 1929, p. 17 et s.
- MOREAU (H.). — *La loi du 3 décembre 1930 modifiant les droits du conjoint survivant.* Semaine juridique, 1931, n° 1.
- NAST. — Commentaires dans les *Revue Critiques*, 1924, p. 545 ; 1925, p. 270 ; 1926, p. 580 et s. ; 1928, p. 142 et s. ; 1929, p. 395.
- OLIVIER MARTIN. — *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, tome II, fasc. 1^{er}, Paris, 1926.
- PICARD (M.). — *La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine.* Revue Trimestrielle, 1921, p. 422 et s.

- RADOUANT. — *De l'estimation des biens compris dans un partage.* *Revue Trimestrielle*, 1925, p. 541 et s.
- ROUAST. — *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile.* *Revue Trimestrielle*, 1922, p. 63.
- *Le droit de préférence résultant du rapport des dettes.* *Revue Trimestrielle*, 1911, p. 687 et s.
- SAVATIER. — Commentaires dans les *Revue Trimestrielles*, 1923, p. 1001 ; 1929, p. 481.
- SOLUS. — *Commentaire de la Revue Trimestrielle*, 1931, p. 170.
- THALLER. — *Des rapports de la propriété littéraire et artistique avec le régime de communauté.* *Revue Trimestrielle*, 1903, p. 55.
- *Si les bénéfices du commerce sont ou ne sont pas des fruits.* *Annales de Droit commercial*, 1896, p. 194 et s.
- TRASBOT. — *De la continuation de l'entreprise après le décès d'un associé et de l'indemnisation de ses ayants droit sur la base du dernier inventaire.* *Journal des Sociétés*, mars 1929.
- VIALLETON. — *Le droit au partage des usufruitiers et des nus-propriétaires par indivis.* *Revue Trimestrielle*, 1925, p. 261 et s.
- Commentaires dans les *Revue Critiques*, 1928, p. 16 ; 1929, p. 533 et s.
- VOIRIN. — Notes parlementaires. *Revue Trimestrielle*, 1930, p. 1183.

III. — THÈSES

- ALIBERT. — *De l'époque d'évaluation des biens dans les partages d'indivision.* Paris, 1928.
- BASTID (P.). — *De la fonction sociale des communautés saisibles de l'Ancien Droit.* Paris, 1916.
- BAUDUIN. — *De l'office ministériel considéré au point de vue des rapports pécuniaires entre époux.* Paris, 1911.
- BÉHIN. — *De l'attribution du fonds de commerce au cas de dissolution de la communauté.* Lille, 1925.
- BÉRARD (Léon). — *Du caractère personnel de certains droits et notamment des droits d'auteur dans les régimes de communauté.* Paris, 1902.
- BULLIARD. — *De la condition des biens communs et de leur gérance depuis la dissolution de la communauté jusqu'au partage.* Paris, 1927.
- DESSERTAUX. — *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en Droit civil français.* Dijon, 1908.
- GAZIN. — *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique.* Dijon, 1910.
- GUILLET. — *De l'administration des successions indivises.* Caen, 1930.
- GUYOT (P.). — *L'activité économique de la femme mariée et ses conséquences juridiques.* Dijon, 1910.

- IONASCO. — *La copropriété d'un bien*. Paris, 1930.
- LASSALLE-HERROU. — *Des droits consentis par les copropriétaires ou nés de leur chef pendant l'indivision*. Bordeaux, 1913.
- LENOIR. — *Des mesures provisoires et conservatoires relatives aux biens des époux dans l'instance en divorce*. Paris, 1921.
- MACHEREAU. — *Les prélèvements facultatifs moyennant indemnité*. Paris, 1908.
- MARUITTE. — *La notion juridique de gestion d'affaires*. Caen, 1930.
- MASSE (L.). — *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*. Paris, 1902.
- PALMADE (M.). — *La propriété littéraire et artistique et les régimes matrimoniaux*. Bordeaux, 1909.
- RAGOUET. — *Des prélèvements des époux lors de la dissolution de la communauté*. Bordeaux, 1908.
- RAYNAL. — *Etude des prélèvements dans le régime de la communauté légale*. Paris, 1930.
- REDAUD. — *Les parts sociales sous le régime de la communauté*. Paris, 1929.
- RICOL. — *La copropriété en main commune et son application possible au Droit français*. Toulouse, 1907.
- SIESSE. — *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en Droit comparé*. Paris, 1922.
- TRASBOT. — *L'acte d'administration en Droit privé français*. Bordeaux, 1921.
- VÉRON. — *Les actes accomplis par le mari sur les biens de la communauté en fraude des droits de la femme*. Paris, 1924.
- VIERNE. — *Le statut fiscal de la famille en matière d'impôt général sur le revenu*. Grenoble, 1929.
- VIGNANCOUR. — *Les fonds de commerce dans les rapports entre époux*. Paris, 1928.

ABBREVIATIONS

B. G. B.	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> . Code civil allemand.
D. J. G.	Dalloz, <i>Jurisprudence Générale. Répertoire alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence</i> .
D. J. G. Supp ^t	Supplément à l'ouvrage précédent.
Rev. Crit.	<i>Revue Critique de législation et de jurisprudence</i> .
Pasicr.	<i>Pasicrisie belge</i> .
Arg. art.	Argument tiré de l'article...

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	7
CHAPITRE PRELIMINAIRE. — NOTIONS HISTORIQUES ET DE DROIT COMPARE	11
Section I. — L'INSTITUTION DE LA COMMUNAUTÉ CONTINUÉE DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.	
§ I. — La communauté continuée au Moyen-Age	12
§ II. — La communauté continuée du xvi ^e siècle au Code Civil	16
§ III. — Rejet de la communauté continuée par le Code Civil	20
Section II. — L'INSTITUTION DE LA COMMUNAUTÉ CONTINUÉE DANS LES LÉGISLATIONS ALLEMANDE ET SUISSE	23
La notion de copropriété en main commune.	
§ I. — La communauté continuée dans le Code Civil alle- mand	24
§ II. — La communauté continuée dans le Code Civil suisse	26
Section III. — LA TENDANCE MODERNE AU MAINTIEN DE L'INDIVI- SION	28
§ I. — Les origines de la tendance au maintien de l'indivision	29
§ II. — Les causes du maintien de l'indivision post-commu- nautaire	32
CHAPITRE PREMIER. — NAISSANCE DE L'INDIVISION A LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTE	35
Section I. — LE POINT DE DÉPART DE L'INDIVISION. — LES SUJETS DE DROIT ET L'ÉTENDUE DE LA MASSE	36
§ I. — Le point de départ de l'indivision. Dissolution immé- diate de la communauté par le décès d'un époux, l'ab- sence, l'annulation du mariage. Dissolution rétroactive aux cas de séparations de biens ou de corps et de divorce.	36
§ II. — Les sujets de droit et l'étendue de l'indivision	42
Distinction de l'indivision héréditaire et de l'indivision post- communautaire, en cas de décès ou l'absence d'un époux. L'indivision après annulation du mariage putatif. La so- ciété de fait entre époux de mauvaise foi. L'indivision après séparation de biens ou de corps et après divorce.	48

Section II. — NATURE JURIDIQUE DE L'INDIVISION	48
§ I. — Les traits originaux de la communauté de biens entre époux	48
§ II. — Nature juridique de l'indivision	52
Section III. — LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA MASSE AU JOUR DE LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ	57
§ I. — L'actif de la masse indivise. A) Immeubles. B) Meubles corporels. C) Meubles incorporels	61
I. — Les fonds de commerce. Les créances de la masse à l'encontre des époux. Les créances à l'encontre des tiers.	
II. — Les droits à caractère personnel: a) l'office ministériel; b) les professions à clientèle personnelle; c) les droits de propriété littéraire et artistique; d) les parts d'intérêt dans les sociétés de personnes. Leur évaluation	67
Les biens, frauduleusement aliénés au cours de la communauté par le mari ou donnés contrairement à l'art. 1422, recouvrés par la masse.	
§ II. — Le passif de la masse indivise. Les dettes de la masse envers les époux. Les dettes de la masse envers les tiers. Les dettes résultant des conventions matrimoniales	79
CHAPITRE II. — LE COURS DE L'INDIVISION.....	83
Section I. — LES TRANSFORMATIONS DE LA MASSE INDIVISE....	84
§ I. — Les prélèvements facultatifs moyennant indemnité. L'ouverture du droit au prélèvement. Les effets du prélèvement au regard de la masse. Les prélèvements de plein droit admis par la loi et la jurisprudence	85
§ II. — L'accroissement des produits et des fruits. Le principe général de l'accession. Les exceptions. Les bénéfices des exploitations commerciales et industrielles. Les intérêts des créances. Les dettes nées en contre-partie au cours de l'indivision	89
§ III. — Les phénomènes de subrogation réelle. — Le principe général. La subrogation du prix à la chose, de la chose au prix. La subrogation de chose à chose au second degré	98
Section II. — LES RAPPORTS DES INDIVISAIRES ET DE LA MASSE.	102
§ I. — L'administration de la masse indivise	102
A) La gérance après dissolution par divorce ou séparation de corps	103
B) La gérance par l'auteur survivant tuteur légal de ses enfants mineurs	108
C) La gérance par l'auteur survivant mandataire conventionnel ou tacite, ou gérant d'affaires de ses enfants majeurs.	111
§ II. — Les rapports de crédit des indivisaires et de la masse	118
A) les rapports de crédits antérieurs à la dissolution de la communauté. Les récompenses dues à la communauté ou par la communauté. Le rapport à la masse des dettes des héritiers	119

B) Les rapports de crédit nés au cours de l'indivision: a) règles spéciales à l'instance en divorce; b) comptes d'administration; c) règles spéciales au divertissement et au recel. Incorporation de ces comptes à l'acte liquidatif	122
Section III. — LES RAPPORTS DES INDIVISAIRES AVEC LES TIERS.	127
§ I. — Les rapports d'aliénation	128
A) Les droits consentis par les indivisaires sur leur quote-part dans la masse ou dans les biens indivis. Cession de la quote-part intégrale. Le problème du retrait. Cession de la quote-part dans un bien déterminé. Ses inconvénients. Hypothèque de la part indivise	128
B) Les actes individuels de disposition directement consentis sur les biens de la masse. Aliénations du mari pendant l'instance en divorce. L'art. 243 C. Civ., son champ d'application. Les actes de disposition consentis sur les biens indivis par un seul ayant-droit. La sanction jurisprudentielle	131
§ II. — Les rapports de crédit des indivisaires avec les tiers	141
A) Les créances de la masse à l'encontre des tiers. Créances indivisibles. Solution admise en matière héréditaire pour les créances divisibles. La jurisprudence relative aux créances dépendant de la communauté dissoute. L'exclusion de l'art. 1220 C. Civ. Le bien fondé de cette solution, les raisons de l'étendre à toute indivision	141
B) Les dettes de la masse indivise à l'égard des tiers	149
a) Etendue de l'obligation aux dettes: L'époux personnellement engagé peut être poursuivi pour la totalité. L'époux qui n'est pas engagé de son chef peut être poursuivi pour moitié. La règle du non cumul	150
b) Exécution de l'obligation aux dettes. Exécution sur le patrimoine personnel. Insaisissabilité de la quote part. Exécution directe sur la masse. Droit de préférence des créanciers communs à l'encontre des créanciers personnels	154
CHAPITRE III. — L'EXTINCTION DE L'INDIVISION.....	161
Section I. — LES CAUSES D'EXTINCTION DE L'INDIVISION.....	161
A) L'indivision post-communautaire prend fin sans avoir à être liquidée. Décès de l'auteur survivant et dévolution de la masse aux mêmes héritiers. Partage d'ascendant. Cessation de la pluralité d'ayants droit par dévolution successorale ou cessions de quote-parts. Epuisement d'actif à partager	165
B) Cessation de l'indivision précédée d'une liquidation. Demande en partage. Dévolution de la masse après décès des époux à des héritiers différents.....	165
Section II. — INFLUENCE DE L'INDIVISION SUR LA LIQUIDATION DE LA MASSE	166
A) L'arrêt et la balance des comptes. Fixation de la jouissance divisée. Balance du compte. Récompenses de chaque époux. Etablissement du montant des créances et des dettes nées au cours de l'indivision.....	167

B) Etablissement de la masse commune au jour de la liquidation. Incorporation à la masse des éléments nouveaux acquis pendant l'indivision et des dettes nouvelles à sa charge.	170
C) Règlement des comptes entre copartageants.	171
1° Le prélèvement des reprises et autres créances nées pendant l'indivision. Le concours de la femme avec les créanciers communs. Le droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels	172
2° Le prélèvement résultant du rapport des dettes. Le droit de préférence qui en résulte à l'encontre des créanciers personnels. Son fondement. L'inopposabilité de ces prélèvements aux créanciers communs	174
Section III. — LES PROBLÈMES POSÉS PAR LE PARTAGE.	176
§ I. — L'attribution des éléments à caractère personnel. La licitation doit être évitée pour ces éléments. Problèmes posés par l'attribution des droits d'auteur et des parts d'intérêt	177
§ II. — L'évaluation des biens compris dans la masse. La thèse de l'évaluation à la dissolution. L'évolution jurisprudentielle pour l'évaluation au jour du partage.	180
§ III. — A quelle date remonte l'effet déclaratif du partage. La thèse classique de la rétroactivité au jour où le bien est entré en communauté. Son défaut d'intérêt pratique. La rétroactivité au jour de la dissolution de la communauté. Les conséquences fiscales qu'elle doit entraîner.	184
CONCLUSION	191
BIBLIOGRAPHIE	197



IMP. BOSC FRÈRES & RIOU

42, QUAI GAILLETON

41000 LYON 0081



